كتاب الطهارة فصل في نواقض الوضوء فصل في الغسل فصل في المياه فصل في البئر فصل في الاسآر باب التيمم باب الحيض فصل في النفاس
باب الانجاس فصل في الاستنجاء كتاب الصلوة فصل في الاوقات باب الاذان باب شروط الصلوة باب صفة الصلوة فصل القراءة
باب الامامة باب العوارض في الصلوة باب ما يكره في الصلوة باب الوتر والنوافل فصل في قيام شهر رمضان باب ادراك الفريضة باب قضاء الفوائت
باب صلوة المريض باب سجود التلاوة باب صلوة المسافر باب الجمعة باب العيدين باب تكبير التشريق باب صلوة الكسوف باب صلوة الخوف
باب صلوة الجنائز باب الشهيد باب الصلوة في الكعبة كتاب الزكوة باب صدقة السوائم فصل في الغنم والخيل باب زكوة المال باب فيمن
علي العاشر باب المعادن والركاز باب زكوة الثمار والزروع باب من يجوز دفع الصدقة اليه باب صدقة الفطر كتاب الصوم باب ما يوجب
القضاء والكفارة كتاب الاعتكاف كتاب الحج باب الاحرام باب القران باب التمتع باب الجنايات باب مجاوزة الوقت بغير احرام
باب اضافة الاحرام الى الاحرام باب الاحصار باب الحج عن الغير باب الهدي كتاب النكاح فصل في بيان المحرمات باب الاولياء والاكفاء
فصل في الوكالة بالنكاح باب نكاح الرقيق باب نكاح اهل الشرك باب القسم كتاب الرضاع كتاب الطلاق فصل في سنة الطلاق
فصل في اضافة الطلاق ١٨٢
باب ايقاع الطلاق باب التفويض فصل في الامر فصل في المشيئة باب الايمان في الطلاق فصل في الاستثناء باب طلاق المريض
فصل في الرجعة فصل فيما تحل به المطلقة باب الايلاء باب الخلع باب الظهار باب اللعان باب العنين باب العدة باب ثبوت النسب
باب الحضانة باب النفقة باب نفقة المحارم كتاب العتاق باب عتق البعض باب عتق احد العبدين باب العتق على جعل باب التدبير
باب الاستيلاد كتاب الايمان باب ما يكون يمينا فصل في الكفارة باب اليمين في الدخول والسكنى باب اليمين في الاكل والشرب باب اليمين في الكلام
باب اليمين في العتق والطلاق باب اليمين في البيع والشراء باب اليمين في الضرب والقتل باب اليمين في تقاضي الدراهم كتاب الحدود فصل في كيفية الحد
باب الوطي الذي يوجب الحد باب الشهادة على الزنا باب ما يحدث السارق باب قطع الطريق كتاب السير باب كيفية القتال
باب الموادعة والامان باب الغنائم باب استيلاء الكفار باب المستامن باب العشر والخراج باب الجزية باب احكام المرتد
باب البغاة كتاب اللقيط كتاب اللقطة كتاب الاباق كتاب المفقود كتاب الشركة فصل في الشركة الفاسدة كتاب الوقف
كتاب البيوع باب خيار الشرط باب خيار الرؤية باب خيار العيب باب البيع الفاسد فصل في احكام البيع الفاسد
باب الاقالة باب المرابحة والتولية باب الربوا باب الحقوق باب الاستحقاق وفيه بيع الفضولي باب السلم مسائل منثورة
كتاب الصرف كتاب الكفالة باب كفالة الرجلين باب كفالة العبد كتاب الحوالة كتاب القضاء فصل في الحبس باب كتاب القاضي الى القاضي
باب التحكيم مسائل شتى فصل في القضاء بالمواريث كتاب الشهادة باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل باب الاختلاف في الشهادة
باب الشهادة على الشهادة باب الرجوع عن الشهادة كتاب الوكالة باب الوكالة بالبيع والشرى باب الوكالة بالخصومة والقبض
باب عزل الوكيل كتاب الدعوى باب اليمين باب كيفية الاستحلاف باب التحالف فصل فيمن يكون خصما وفيمن لا يكون باب
ما يدعيه الرجلان فصل في التنازع بالايدي باب دعوى النسب كتاب الاقرار باب الاستثناء وما في معناه
باب اقرار المريض كتاب الصلح باب التبرع في الصلح والتوكيل به باب الصلح في الدين فصل في الدين المشترك
فصل في التخارج كتاب المضاربة باب مضارب المضارب باب عزل المضارب كتاب الوديعة كتاب العارية
كتاب الهبة باب الرجوع عن الهبة كتاب الاجارات باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز باب الاجارة الفاسدة باب
ضمان الاجير باب الاجارة على احد الشرطين وفي اجارة العبد باب فسخ الاجارة مسائل منثورة كتاب المكاتب

T. C.
MİLLÎ EĞİTİM BAKANLIĞI
RAGIP PAŞA KÜTÜPHANESİ
MÜHÜRLÜĞÜ
Demirbaş: 428

حسبي الله ونعم الوكيل
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بين الصدور براغب
وقفي عبده ١١٧٥

٥٥١

ولقد نهزت مع الغواة بدلوهم واسمت سرح اللحظ حيث اساموا
وبلغت ما بلغ امرؤ بشبابه

من الكتب التي انتظم في سلك ملك الفقير الحقير
محمد صالح السهرابي السعود زاده عفا عنهما
والمسلمين عفو وغفرانه يوم ينفع
الصادقين صدقهم وجمعه من اسلافه
من ابائه الصالحين في مقعد
صدق وجعله ذلك المقعد

سبحان ربي على الماء سرير
يا الله مع مسيح لو جميل

ولقد سمعت الى عراق تعاليا
واحلت في اسمه عامر عز ووادي
وطمعت منه في الوصال لانها تبنى الامور على خلاف مرادي

RAGIP P.
Ka. N.
545

باب ما يجوز للمكاتب باب كتابة العبد المشترك باب المكاتب وعجزه كتاب الولاء ٤٨٢ باب ولاء المولات ٤٨٣ كتاب الاكراه ٤٧٨ كتاب الحجر ٤٧٦ ٤٨٦ ٤٨٨
باب الحجر للفساد باب حد البلوغ كتاب المأذون ٤٩٢ كتاب الغصب ٤٩٨ فصل في غصب ما لا يتقوم ٥٠٥ كتاب الشفعة ٤٨٩ باب ٥٠٦
في طلب الشفعة فصل في مسائل الاختلاف ٥٠٩ باب ما يجب فيه الشفعة ٥١١ باب ما يبطل به الشفعة ٥١٣ كتاب القسمة ٥٠٨ فصل ٥١٥ ٥١٦
فيما يقسم وما لا يقسم فصل في كيفية القسمة ٥٢٠ باب دعوى الغلط في القسمة ٥١٨ كتاب المزارعة ٥١٧ كتاب المساقات
كتاب الذبائح ٥٢٣ كتاب الاضحية ٥٢٣ كتاب الكراهية ٥٢٧ فصل في الوطي ٥٢٨ فصل في الاستبراء ٥٣١ فصل في البيع ٥٣٠ كتاب احياء الموات
فصل في مسائل الشرب وفيه كري الانهار باب الاشربة ٥٣٨ كتاب الصيد ٥٤٠ فصل في الرمي ٥٣٦ كتاب الرهن ٥٤١ باب ما يجوز ارتهانه ٥٤٤ ٥٤٣
باب الرهن يوضع على يد عدل باب التصرف في الرهن ٥٤٩ كتاب الجنايات ٥٥٢ باب ما يوجب القصاص باب القصاص في الاطراف ٥٤٨ ٥٥٤ ٥٥٦
باب الشهادة في القتل وفيه اعتبار حالة القتل كتاب الديات ٥٦٠ فصل الدية فيما دون النفس ٥٦٢ فصل في الشجاج ٥٦٠ ٥٦٣
فصل في الجنين باب ما يحدث الرجل الى الطريق فصل في الحائط المائل ٥٦٧ باب جناية البهيمة ٥٦٦ باب جناية ام الولد والمدبر ٥٦٥ ٥٦٩ ٥٧٦
باب القسامة كتاب المعاقل ٥٨٠ كتاب الوصايا ٥٨١ باب الوصية بثلث المال ٥٨٤ باب العتق في المرض ٥٨٧ باب الوصية للاقارب ٥٧٧ ٥٨٩
باب الوصية بالسكنى باب وصية الذمي وفيه الوصي وما يملكه ٥٩٢ كتاب الخنثى ٥٩٤ ٥٩٠

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا بداية الهداية ◌ لمعرفة الهداية ورعانا بعين العناية في النهاية ◌ عن الجهل والغواية
وجعلنا ممن آمن بما أنزل واتبع الرسل ووفق للدراية ◌ وخصنا بأهلية الشهادة على الأمم بفضل الرعاية
أحمده على إفاضة حكمه ◌ وأشكره على سوابغ نعمه ◌ وأصلي على من اصطفاه الله للرسالة وكان حاذقا بالحكمة
وجيها حاويا أمينا ◌ وحباه بمعرفة أم الكتاب معدن الأنوار والأسرار وكان إماما ماحيا ومبينا محمد
المبعوث إلى الأسود والأحمر ◌ بالكتاب العزيز المعجز المنور ◌ وعلى آله وأصحابه القائمين بنصرة الدين
الأزهر ◌ والصفوة المجتهدين من أئمة الوارثين لعلمه العزيز الأنور قال العبد الفقير إلى
رحمة ربه الخفي ◌ محمد بن محمود بن أحمد الحنفي ◌ غفر الله له ولوالديه وعاملهم بلطفه الخفي ◌
[...] كتاب الهداية ◌ المنبئة للهداية لاحتوائه على أصول الدراية ◌ وانطوائه على متون
الرواية خلصت معادن ألفاظه من خبث الإسهاب ◌ وحلت نقود معانيه عن زيف الإكثار وبهرج
الإطناب ◌ فبرز إبريز الإبريز ◌ مركبا من معنى وجيز ◌ تمكنت في المفاصل عذوبته ◌ وفي الأفكار دقته ◌
وفي العقول حدته ◌ ومع ذلك فربما خفيت جواهره في معادنها ◌ واستترت لطائفه في مكامنها ◌ فلذلك
تصدى الشيخ الإمام ◌ والقرم الهمام ◌ جامع الأصول والفروع ◌ مقرر مباني أحكام الشرع ◌ حسام الملة
والدين السغناقي سقى الله ثراه ◌ وجعل الجنة مثواه ◌ لإبراز ذلك ◌ والتنقير عما هنالك ◌ فشرحه شرحا
وافيا ◌ وبين ما أشكل فيه بيانا شافيا ◌ وسماه النهاية لوقوعه في نهاية التحقيق ◌ واشتماله على ما
هو الغاية في التدقيق ◌ لكن وقع في بعضه إطناب ◌ لا يحب أن يجر لأجله الكتاب ◌ ولكن يعسر استحضاره وقت
إلقاء الدروس على الطلاب ◌ وكانوا يقترحون عند المذاكرة أن أختصر على ما يحتاج إليه حل ألفاظ الهداية
وبيان معانيه ◌ ويحصل به تطبيق الأدلة على تقرير أحكامه ومعانيه ◌ وكنت أمتنع عن ذلك غاية الامتناع
وأسوفهم من الأعوام مثنى وثلاث ورباع ◌ وكان امتناعي يزيدهم غراما ◌ وتسويفي يزيدهم هياما
فلم نزل على هذا المنهاج حتى أضحوا ظاهرين بالحاج ◌ فاستخرت الله وأقدمت على هذا الخطب الخطير وتضرعت
بضراعة الطالب إلى العليم الخبير في استنزال كلامه عن الزلل في التحرير والتقرير ◌ وجمعت منه ومن غيره
من الشروح ما ظننت أنه مما يحتاج إليه ◌ وما يكون الاعتماد وقت الاستدلال عليه ◌ وأشرت إلى ما يتم
به مقدمات الدليل وترتيبه ◌ ولم آل جهدا في تنقيحه وتهذيبه ◌ وأوردت مباحث لم أظفر عليها في
كتاب ◌ ولم تصل إلي عن أحد لا برسالة ولا خطاب بل كان خاطري أبا عذرها ومقتضب [...]

لمنزلة

1

لحصوله بقول الله والعناية ◌ وسألت الله أن ينفع به كما نفع بأصله إنه أكرم مسؤول وأعز مأمول ◌ ثم إني أروي
كتاب الهداية عن شيخي العلامة ◌ إمام الهدى معدن التقى ◌ فريد عصره ووحيد دهره ◌ قدوة العلماء عمدة
الفقهاء ◌ قوام الحق والملة والدين الكاكي قدس الله روحه ونور ضريحه ◌ وهو يرويه عن شيخيه العلامتين
الإمامين الهمامين المجتهدين مولانا علاء الدين عبد العزيز صاحب الكشف ◌ ومولانا حسام الدين صاحب
النهاية برد الله مضجعهما ونور بفضله وكرمه مهجعهما ◌ وهما يرويانه عن الشيخ الكبير السالك الناسك
الورع النقي التقي أستاذ العلماء مولانا حافظ الدين الكبير وعن قطب المجتهدين قدوة المحققين وأسوة المدققين
مولانا فخر الدين المايمرغي رحمهما الله رحمة واسعة ◌ وهما يرويانه عن أستاذ الأئمة الذي به أظهر كلمة الله
العليا شمس الأئمة محمد بن عبد الستار بن محمد الكردري تغمده الله برحمته ورضوانه ◌ وهو يروي عن شيخه
شيخ شيوخ الإسلام رحمة الله على الأنام ◌ مرشد علماء الدهر ما تكررت الليالي والأيام ◌ المخصوص بالعناية
صاحب الهداية غفر الله لهم ولوالديهم ولنا ولوالدينا وآتانا الجنة برحمته وختم لنا بالخير في عافية أجمعين
قال المصنف رحمه الله ◌ الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه ◌ اللام في الحمد للجنس ويجوز أن
تكون لاستغراق الجنس وجعله للاستغراق عند أهل السنة وللعهد عند المعتزلة بناء على أن العباد خالقون
لأفعالهم فيستحقون من الحمد ما يقابلها فلا يكون الاستغراق صحيحا لكن بواضح ◌ لأن من أهل السنة من جعله للعهد
أعني الذهبي وصاحب الكشاف جعله للجنس ◌ والحمد هو الوصف بالجميل على جهة التفضيل بقولنا هو الوصف
كالجنس وقولنا بالجميل أخرج ما ليس كذلك وقولنا على جهة التفضيل أخرج ما يكون على جهة الاستهزاء والتهكم
والكلام في اسم الجلالة من كونه منقولا أو مرتجلا مشتقا أو غيره علما أو غيره ليس مما يهمنا الآن ◌ ومعنى
قوله الحمد لله ما يعرفه كل أحد من المعنى الذي يطلق عليه هذا اللفظ ◌ أو جميع أفراد ذلك ثابت لله بالاتفاق
وهو كما ترى يفيد كون الله تعالى محمودا أصدر الحمد من حامد أو لا والمعالم جمع معلم وأراد به أصول الشرع
لكونها مدارك العلم الشرعي والأعلام علمائه والشعائر جمع شعيرة ◌ قيل والمراد بها ما يؤدى من العبادات
على سبيل الاشتهار كالأذان والجمعة وصلاة العيد والأضحية والشرع بمعنى المشروع أو بمعنى الشارع
ويكون من قبيل إقامة المظهر موضع المضمر ◌ أو بمعنى الشريعة يقال شرع محمد عليه السلام كما يقال شريعة
محمد ◌ هي الحل والحرمة والصحة والفساد وغيرهما وحمل الشعائر على الأسباب والعلل والشروط
والعلامات أنسب للأحكام ويكون إشارة إلى براعة الاستهلال فإن كتابه هذا يشتمل على الأحكام قوله
وبعث رسلا وأنبياء صلوات الله عليهم ◌ قيل الرسول هو النبي الذي معه كتاب كموسى وعيسى عليهما
السلام ◌ والنبي هو الذي ينبئ عن الله وإن لم يكن معه كتاب كيوشع عليه السلام وهو الظاهر قوله
هادين أي مبينين طريق الصلوات واعترض على المصنف بأنه ترك ذكر محمد صلى الله عليه وسلم مع كونه الأصل
المحتاج إلى ذكره ◌ وأجيب بأن المراد بالرسل والأنبياء محمد صلى الله عليه وسلم لكن جمعه تعظيما له وإجلالا لا
لقدره وهو محمل ◌ وقوله داعين كقوله هادين في كونه صفة مادحة ◌ وقوله تسلكون يجوز أن يكون
صفة لعلماء وأن يكون حالا لاتصافه أو لابد أعين والنكرة الموصوفة جاز أن يقع عليها الحال متأخرا وأن
يكون استئنافا ◌ كأن قائلا قال كيف دعوهم إلى سنن سنتهم فقال تسلكون فيما لم يؤثر عنهم أي لم يوجد
عليهم ما يؤثر أي مروي فيكون الاجتهاد وفيه بيان أنهم لا يخرجون عن المأثور منهم إذا وجدوه وأنهم
متبعوهم على الدوام لأنهم إن وجدوا مأثورا عنهم عملوا به واتبعوهم فيه وإن لم يجدوا اتبعوهم في
طريقهم إذا لم يوجد إليهم وهو الاجتهاد ◌ وهو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل الظن بحكم شرعي ◌
وقد قررنا شروطه وحكمه في التقرير ◌ وقوله منهم ترشد بن حال من ضمير تسلكون وأراد بالمستنبطين أبا
حنيفة وأصحابه رحمهم الله بدليل قوله صلى الله عليه وسلم حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق ◌ فإنه

الذين نزلوا قواعد المسائل الشرعية وتبيينها ۞ والمراد بالجلي المسائل القياسية لظهور ادراكها غالبا وبالدقيق
المسائل الاستحسانية لخفاء ادراكها قيل ما وضعه اصحابنا من المسائل الفقهية هو الف الف وستمائة الف وسبعون
الفا ونيف مسئلة وقوله غير ان الحوادث منصوب على الاستثناء من قوله حتى وضعوا وهو جواب عما يقال اذا
اوائل المستنبطين وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق فاي حاجة تدعو الى الاستنباط والتصنيف ووجهه انهم
وان وضعوا ذلك الا ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوادر اي الواقعات تضيق عنها نطاق الموضوع
والنطاق وهو المنطقة واستعير ههنا للاحاطة المنقول عن السلف في الفتاوى والاقتباس الاصطياد والشوارد جمع
شارد وهي الابدة والقبس شعلة من نار يقال قبست منه نارا واقتبست منه علما اي استفدته والموارد جمع
المورد استعار الشوارد للاحكام المستخرجة من الاصول بالاستنباط بجامع عسر الوصول الى المقصود واستعار
الموارد للاصول باعتبار انها محل الوصول يعني كما ان اصطياد الصيود النافرة من مواردها ومناهلها فلذا
اصطياد الحوادث الفقهية من الاصول اي الكتاب والسنة والاجماع بالاعتبار ويعني ان الاعتبار ليس صنعة
كل احد من صنعة الرجال الكاملين في الرجولية وقوله وبالوقوف على الماخذ خبر ثان لقوله والاعتبار بالامثال
وقوله تقص عليها خال من الضمير في الخبر قال على نظائرها انما هو من صنعة الكمل من الرجال وهو
بالوقوف على الماخذ حال كونها بعض وقوله احد يعني اذا كان الوقوف باحكام واتقان ثم ان قوله غير ان
الحوادث الى آخره اعتذار عن قوله في التصنيف وقوله والاعتبار بالامثال ان كان ذكره هضما للنفس عن الصنعة
كان معناه الاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف المحكم المتقن على الماخذ ولست منهم ولا حصل لي ذلك
لكن قد جرى علي الوعد في بداية المبتدي ان اشرحها شرحا اوسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه حال كون الوعد
فوقع بعض المساع لئلا اكون ممن اذا وعد اخلف وانما قال بعض المساع لان الوعد بالتبرع غير موجب وانما هو
مجوز حسا والى هذا المعنى اعني كونه هضما للنفس ذهب صاحب النهاية وتاج الشريعة رحمهم الله وان كان ذكره
لبيان صلاحيته لذلك كان معناه وانا منهم هم رجال ونحن رجال وحصل الوقوف لنا على الماخذ بالاتفاق كما حصل
لهم فجاز لنا الاعتبار والحال انه قد جرى على الوعد وهو مما يسوغ بعض المساع يعني منفردا عن صلاحية الوعد
للاتيان بالموعود فكيف مع الصلاحية والى هذا ذهب بعض الشارحين لكن لا على هذا الوجه الذي ذكرته من العبارة

قال وحين اكاد اتكئ عنه اتكاء الفراغ قيل عدي الاتكاء بعن وان كان تعديته بعلى لتضمين معنى الفراغ
ورد بان معناه حينئذ يكون وحين اكاد افرغ عنه فراغ الفراغ وهو تركيب فاسد والصحيح ان عنه صلة الفراغ
قدم رعاية للسجع وقوله نحت اي علت والسدائل القبائل وقوله فصرفت العنان والعناية يعني عنان الخاطر وعناية
القلب وقيل المراد بالعنان الظاهر وبالعناية الباطن وقوله اجمع يجوز ان يكون حالا من ضمير صرفت ويجوز ان يكون
صفة شرح وعيون الرواية هي التي اختارها العلماء فان عين الشيء خياره ومتون الدراية المعاني الموثرة والدلائل
المثبتة وقوله في كل باب يعني من الرواية والدراية وقوله عن هذا النوع اشارة الى الذي وقع في كفاية المنتهي
وخاف ان يهجر لاجله الكتاب والاسهاب هو الاطناب وهو التكلم بازيد من متعارف الاوساط. معناه دفع
لما يتوهم انه لما وقع موخرا خلا عن الاصول والفصول وكان اولى بالحرمان من الاول فقال ليس كذلك بل هو مع كونه
خاليا عن الاطناب مشتمل على اصول تنسحب عليها فصول وهو كما قال جزاه الله عن الطلبة خيرا يطلع على ذلك من خدم
كتابه حق خدمته فمما ظهر من ذلك قوله في فساد البيع بالشرط كل شرط خالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد
المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسد البيع فان في كل قيد منه احترازا عما يضاده وجمعا لما
يوافقه لانها مهاد احتمالها الضمير للهداية وفي بعض النسخ بلفظ التثنية فيهما والضمير للشرحين وقوله
حتى من سمت متصل بتاركا للزوائد او تصرفت وسمت بمعنى علت والمزيد مصدر كالزيادة ومراعاة الوقت
بمعنى علاه اي التحية واسناده الى الوقت مجاز عقلي كصيام النهار والشعر لابي فراس وقبله ۞ على لربع العامرية

وقفة

وقفة تملي على الشوق والدمع كاتب ... ومن عادتي حب الديار لاهلها ... وللناس فيما يعشقون مذاهب ... والفن خير كله
اي هذا الفن وهو علم الفقه كله خير فان شئت فارغب في الاقصر والاختصار حفظا وتحصيلا وان شئت في الاطول والاكثر كشفا
وتاصيلا وقيل معناه جنس العلم حسن فارغب في نوع شئت وهو كلام صحيح لكن لا تقريب له ههنا والمراد بالمجموع الثاني هو
الهداية وكانت بعد صرف العنان والعناية لم يتفرغ فيه حتى ساله اخوانه الاملاء عليهم فافتتح مستعينا بالله في تحرير ما بقي تقويم
ما يقاوله وتلخيصه وفي لفظ المفاعلة مرتدين اوله ومقاساته ليس في اوله وحاولت الشيء اردته ويقال فلان جدير بكذا اي خليق به
وحكي ان صاحب الهداية بقي في تصنيف الكتاب ثلث عشرة سنة وكان صائما في تلك المدة لا يفطر ابدا وكان يجتهد ان لا يطلع
على صومه احد فاذا اتى خادم بطعام كان يقول له خله وروح فاذا راح كان يطعمه احد الطلبة او غيرهم وكان ببركة زهده وورعه
كتابا مباركا مقبولا بين العلماء والله اعلم

كتاب الطهارة

الكتاب والكتابة في اللغة جمع الحروف ۞ والكتاب قد يعرف بانه طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت انواعا او لم تشمل
فقوله طائفة كالجنس وقوله من المسائل الفقهية احتراز عن غيرها وقوله اعتبرت مستقلة اي مع قطع النظر عن تبعيتها
او تبعية غيرها ليدخل فيه هذا الكتاب فانه تابع للصلوة ويدخل فيه كتاب الصلوة لانه مستتبع للطهارة وقد اعتبرا مستقلين
اما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح واما كتاب الصلوة فلكونه المقصود الاصلي وظهر من هذا ان اعتبار الاستقلال قد
يكون لانقطاعه عن غيره ذاتا ككتاب اللقطة عن كتاب الاباق وكتاب المفقود وانقطاعهما عن الصلوة والزكوة وقد يكون
لمعنى يورث ذلك كانقطاع الصرف عن البيوع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلوة كما ذكرنا وقوله شملت انواعا
لدفع قول من يقول الكتاب اسم جنس يدخل تحته انواع من الحكم وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع يشتمل على اشخاص
يسمى فصولا فان الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون كذلك فان من الكتب ما لم يذكر فيه لا باب ولا فصل ككتاب اللقطة
واللقيط والاباق وغيرها على ما سياتي فلو لم يذكر ذلك لربما يوهم ذلك فذكره دفعا لذلك والطهارة في اللغة طاهرة وفي
الاصطلاح عبارة عن صفة تزيل الحدث او الخبث عما تعلق به الصلوة والمراد اعم من ان يكون طبعا او شرعا وكلمة او ليست
لمانعة الجمع ولا يفسد بها الحد قوله عما تعلق به الصلوة ليتناول المكان فان طهارته شرط على ما سياتي وركنها استعمال
المزيل وشرط وجوبها الحدث او الخبث وسببها وجوب الصلوة لا وجودها لان وجودها مشروط بها فكان متاخرا
عنها والمتاخر لا يكون سببا للمتقدم وحكمها اباحة الصلوة وما يضاهيها لمن كانت به وانما جمع الطهارات
نظرا الى انواعها ولا يشكل بالصلوة والزكوة لان الاتيان بالجمع في مثله احد الجائزين فلا يرد تركه نقضا ووجه
تخصيص الطهارة بذلك ان انواعها احق بالتنبيه عليها لتفاوتها من حيث الحقيقة والحكم والخفة والغلظ بخلاف
انواع الصلوة والزكوة ولا يشكل بصلوة الجنازة لانها دعاء وانما بدأ بكتاب الطهارة لانها مفتاح الصلوة
التي هي عماد الدين الواجب تقديمها بعد الايمان على كل عبادة قوله رحمه الله
يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة تبرك المصنف رحمه الله بتقديم الاية الدالة على فرضية الوضوء على حكمها وان
كانت القاعدة في التداوي تقديم المدعى ومعنى قوله اذا قمتم الى الصلوة اذا اردتم القيام من باب ذكر المسبب وارادة
السبب الخاص فان الفعل الاختياري لا يوجد بدون الارادة وذلك مجاز شائع كما عرف في موضعه وليس في هذا
الموضع التفات كما توهمه بعض الشارحين وظاهر الاية يقتضي وجوب الوضوء على كل قائم الى الصلوة وهو
مذهب اهل الظاهر محدثا كان او غيره والجمهور على خلافه قالوا معناه اذا قمتم الى الصلوة وانتم محدثون لئلا
يلزم تفويت المقصود الاصلي بالاشتغال بمقدماته فانه لو كان الامر كما ذكروا كان كل من جلس يتوضا لزمه اذا
قام الى الصلوة وضوء آخر وفي ذلك تفويت الصلوة بالاشتغال بالوضوء ولان الحدث شرط وجوب الوضوء بدلالة
النص فانه ذكر التيمم في قوله وان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط الى قوله فتيمموا صعيدا
طيبا مقرونا بذكر الحدث وهو بدل عن الوضوء والنص في البدل نص في الاصل وانما اضمر قوله وانتم محدثون كراهة
ان يفتتح اية الطهارة بذكر الحدث كما قال هدى للمتقين ولم يقل هدى للضالين الصائرين الى التقوى بعد الضلالة كراهة

أن يفتتح أولى الزهراوين بذكر الضلال واعترض على الأول بأن الجلوس في الوضوء ليس بواجب فلا يتم ما ذكرتم وعلى الثاني
بأن الآية بعبارتها تدل على وجوب الوضوء على كل قائم وآية التيمم تدل بدلالتها على وجوبه على المحدثين والعبارة قاضية
على الدلالة كما عرف والجواب عن الأول سلمنا أن الجلوس في الوضوء غير واجب لكن خلاف ما ذكرنا يفضي إلى وجوب
القيام للوضوء دائما لأن أداء الصلاة لا يتحقق إذ ذاك إلا إذا توضأ قائما وذلك باطل بالإجماع وما يفضي إلى الباطل
باطل وإذا ثبت هذا ظهر أن ظاهر الآية غير مراد فلا تقتضي عبارتها الوضوء على كل مسلم قائم فسلمت الدلالة عن
المعارض كيف وقد سقط السؤال الثاني واعترض بأن الأول بالدلالة فاسد ههنا لأنها تدل على اشتراط التيمم بدل ويجوز
أن يخالف البدل الأصل بالشرط فإنه خالفه في اشتراط النية وهي شرط لا محالة والجواب أن كلامنا في مخالفة
البدل الأصل في شرط السبب فإن إرادة القيام إلى الصلاة بشرط الحدث سبب لوجوب التيمم والبدل لا يخالف
الأصل في سببه وما ذكرتم ليس بشرط السبب فإن إرادة القيام إلى الصلاة بشرطية التيمم ليست بسببه وإنما
النية شرط صحة التيمم لا شرط سببه قوله ففرض الطهارة الفاء للتعقيب دخلت على الحكم بعد
ذكر الدليل والفرض بمعنى المفروض والمراد بالطهارة الوضوء والإضافة للبيان وإنما فسر الغسل والمسح مع
ظهور معناهما إشارة إلى دفع ما يذهب إليه الشافعي من تكرار مسح الرأس على ما سيجيء وإلى أن البلل بالماء في
المغسولات لا يسقط الفرض كما روي عن أبي يوسف وقصاص الشعر منتهاه. وغايته في الرأس وفي القاف ثلاث لغات
والضم أعلاها قوله وهو مشتق منها اعترض عليه بأن الثلاثي لا يكون مشتقا من المنشعبة
وليس بشيء لأن ذلك في الاشتقاق الصغير وأما في الاشتقاق الكبير وهو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ
والمعنى فهو جائز والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا وقال زفر لا يدخل لأن الغاية لا يدخل تحت المغيا
كالليل في الصوم وهذا الذي ذكره المصنف لزفر يخالف ما ذكره في فخر الأصول فإن المذكور فيها تعارض
الأشباه وهو أن من الغايات ما يدخل كقوله قرأت القرآن من أوله إلى آخره ومنها ما لا يدخل كقوله تعالى وإن كان ذو عسرة
فنظرة إلى ميسرة قوله ثم أتموا الصيام إلى الليل وهذه الغاية أعني المرافق يشبه كلا منهما فلا تدخل بالشك
وتأويل كلام المصنف أن هذه الغاية أي المرافق لا تدخل بتعارض الأشباه كما لم تدخل في قوله إلى الليل ولنا أن هذه
لإسقاط ما وراءها يعني أن الغاية على نوعين نوع يكون لمد الحكم إليها ونوع يكون لإسقاط ما وراءها والفاصل بينهما
حال صدر الكلام فإن كان متناولا لما وراءها كانت للثاني وإلا فللأول وما نحن فيه من الثاني لأن ذكر اليد يتناول
الآباط بدليل أن الصحابة رضي الله عنهم وهم أهل اللسان فهموا ذلك من آية التيمم فبقي المرافق داخلة بخلاف ذكر
الصوم فإنه يتناول الإمساك ساعة فكانت لمد الحكم إليها فبقي الليل خارجا والكعب هو العظم الناتئ والنتو الارتفاع
وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه هشام عن محمد أنه قال هو المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك قال
لأن الكعب اسم للمفصل ومنه كعوب الرمح والذي في وسط القدم مفصل وهو المتيقن به وهذا صحيح في المحرم إذا لم يجد
نعلين فإنه يقطع خفيه أسفل من الكعبين فأما في الطهارة فلا شك أنه العظم الناتئ المتصل بعظم الساق ومنه الكاعب
وهي الجارية التي يبدو ثديها للنهود قوله والمفروض في مسح الرأس أي القدر على جهة الفرضية مقدار الناصية
وهو ربع الرأس وهو كما ترى يشير إلى أنه يجوز من أي جانب كان واستدل على ذلك بقوله لما روى المغيرة بن شعبة
أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه ولم يقتصر على إيراد الحديث بقوله ومسح على
ناصيته مع حصول المقصود به لأن نقل الحديث بما يتلوه من الحكاية يوجب صحته ووكادته قيل هو حديث واحد وقيل حديثان
جمع القدوري بينهما فإن الحديث الذي ذكر فيه السباطة لم يذكر فيه المسح على الناصية والذي ذكر فيه المسح عليها لم يذكر فيه
السباطة والسباطة الكناسة من باب ذكر الحال وإرادة المحل وقوله والكتاب مجمل فالتحق بيانا به جواب عما يقال حديث المغيرة
خبر واحد لا يزاد به على الكتاب ووجهه أنه ليس من باب الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالتحق الخبر بيانا به ويجوز أن يقع خبر
الواحد بيانا لمجمل الكتاب وفيه بحث وهو أنا لا نسلم أن الكتاب مجمل لأن المجمل ما لا يمكن العمل به إلا ببيانه وتأمل المجمل والعمل

هذا النص

بهذا النص ممكن بحمله على الأقل لتيقنه سلمنا أنه مجمل والخبر بيان له ولكن الدليل أخص من المدلول فإن المدلول
مقدار الناصية وهو ربع الرأس والدليل يدل على تعين الناصية ومثله لا يفيد المطلوب سلمناه ولا نسلم أن مقدار
الناصية فرض لأن الفرض ما ثبت بدليل قطعي وخبر الواحد لا يفيد القطع سلمناه ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد
منتف فينتفي الملزوم والجواب أنا لا نسلم أن العمل به قبل البيان ممكن قوله بحمله على الأقل قلنا الأقل من شعره والمسح
عليها لا يمكن إلا بزيادة عليها وما لا يمكن الفرض إلا به فهو فرض والزيادة غير معلومة فتحقق الإجمال في
المقدار والبيان إنما يكون لما فيه الإجمال وكانت الناصية بيانا للمقدار لا للمحل المسمى ناصية إذ لا إجمال في المحل
في المقدار والبيان وكان من باب ذكر الخاص وإرادة العام وهو مجاز شائع وكانا متساويين في العموم والأصل
أن خبر الواحد إذا لحق بيانا للمجمل كان الحكم بعده مضافا إلى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب والكتاب دليل قطعي ولا
نسلم انتفاء اللازم لأن الجاحد من لا يكون مؤولا وموجب الأقل أو الاستيعاب مؤول لتعمده شبهة قوية وقوة
الشبهة تمنع التكفير من الجانبين ألا ترى أن أهل البدع لم يكفروا وإنما منعوا إكفارهم لما دلت عليه القطعي في نظر أهل السنة
لتأويلهم وإذا ثبت ما ذكرنا كان حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب
قوله وفي بعض الروايات قدره بعض أصحابنا بثلاث أصابع لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح وهو الأصابع قيل ظاهر
الرواية لكونها المذكورة في الأصل فكان ينبغي أن يقول على ظاهر الرواية وعلى هذه الرواية لو وضع الأصابع
ولم يمدها جاز بخلاف الأولى قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء لما فرغ من
فرائض الوضوء بين سننه والسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وحكمها أن يثاب على الفعل ويستحق اللائمة
بالترك لا غير وسنن الطهارة أي الوضوء والإضافة للبيان وإنما جمع دون الفرض لأن الفرض في الأصل
مصدر فلا يجمع ذلك واستغنى عن الجمع بخلاف السنة وذكر الإناء وقع على عادتهم فإنهم كانوا يتوضؤون من الأتوار
وطريق غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء أن يأخذ الإناء بشماله إن كان صغيرا أو يصب على يمينه فيغسلها ثلاثا وإن
كان كبيرا لا يمكنه رفعه يأخذ عنه الماء بإناء آخر صغير إن كان معه فيصبه بشماله على يمينه وإلا يدخل أصابع
يده اليسرى مضمومة دون الكف ويصب على يمينه فيغسلها ثلاثا ثم يدخل اليمنى وقوله إذا استيقظ المتوضئ
نقل عن شمس الأئمة الكردري أنه شرط حتى إذا لم يستيقظ لا يسن غسلهما وقيل هو شرط اتفاقي تخص المصنف
غسلهما بالمستيقظ تبركا بلفظ الحديث والسنة تشمل المستيقظ وغيره وعليه الأكثر وذكر وجه التمسك بالحديث
أن الوضوء واجب وقد لا يتوصل إليه إلا بالغمس والغمس حرام حتى يغسل ثلاثا فيكون الغمس والغسل واجبين لأن
ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب لكن تركنا الوجوب إلى السنة في الغسل لأنه صلى الله عليه وسلم علل بتوهم
النجاسة وتوهمها لا يوجب التنجس الموجب للغسل فكان دليلا على التورع والاحتياط وقوله ولأن اليد آلة
التطهير مبناه أيضا على أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب لكنه ترك لأن طهارة العضو حقيقة وحكما يدل
على عدم الوجوب والرسغ منتهى الكف عند المفصل وقوله وتسمية الله في ابتداء الوضوء قال الطحاوي بأن
يقول بسم الله العظيم والحمد لله على الإسلام هو المنقول عن السلف وقيل إنه مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم
واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء لمن لم يسم ووجه ذلك أن لا لنفي الجنس فحقيقته تقتضي أن لا يكون
وضوء إلا بالتسمية وإليه ذهب أصحاب الظواهر وأحمد وجعلوا التسمية من شروط الوضوء لكنا قلنا المراد
به نفي الفضيلة لئلا يلزم نسخ آية الوضوء به فإن قيل حينئذ كان قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب
وهو أفاد الوجوب أجيب بأن خبر الفاتحة مشهور دونه والحكم يثبت بقدر دليله وليس بشيء لأنه لو كان
كذلك لجازت به الزيادة على الكتاب ولم يكن كذلك وبأن النبي صلى الله عليه وسلم واظب على الفاتحة في الصلاة من
غير ترك دون التسمية فإنه روي أن مهاجر بن قنفذ سلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليه حتى فرغ
من وضوئه فقال عليه السلام إنه لم يمنعني أن أرد عليك إلا أني كرهت أن أذكر الله إلا على طهارة وربما تمسك به

مالك وانكر التسمية في اول الوضوء فقال اتريد ان تذبح اشارة الى ان التسمية في الذبيحة دون الوضوء وذلك كما
ترى يدلك على انه صلى الله عليه وسلم توضأ قبل ان يذكر الله وكونها سنة مختار الطحاوي والقدوري والاصح
ان التسمية مستحبة وان سماها في الكتاب يعني القدوري سنة لما ذكرنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليها روي
ان عثمان وعليا رضي الله عنهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل عنهما التسمية وما روي انه صلى الله
عليه وسلم سمى فهو من باب قوله عليه السلام كل امر ذي بال لم يبدأ ببسم الله فهو ابتر ويسمي قبل الاستنجا وبعده هو الصحيح
دون ما قيل يسمي قبل الاستنجا لا انه من سنن الوضوء فيسمي قبله ليقع جميع افعال الوضوء فرضها وسننها بالتسمية وما
قيل يسمي بعد الاستنجا لان قبله حال كشف العورة وذكر الله حال كشف العورة غير مستحب وانما كان ذلك هو الصحيح لان
قوله صلى الله عليه وسلم كل امر ذي بال لم يبدأ بذكر الله يستدعي التسمية في ابتداء الوضوء والاستنجا لما كان ملحقا
من حيث هو طهارة استحب ان يبدأ لها بها. وقوله والسواك اي استعماله حذف المضاف لامن الالتباس والسواك
اسم لخشبة معينة للاستياك وينبغي ان يكون من الاشجار المرة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان ويقوي المعدة
ويكون في غلظ الخنصر وطول الشبر ويستاك عرضا لا طولا عند المضمضة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يواظب
عليه وعند فقده كان يعالج بالاصبع والمواظبة مع الترك دليل السنة وبدونه دليل الوجوب وقد دل على تركه حديث
الاعرابي فانه لم ينقل فيه تعليم السواك فلو كان واجبا لعلمه ويستدل بترك التعليم على تركه دفعا للتعارض فان عدم
الترك يدل على الوجوب وترك التعليم على عدمه فكان يدافعه وقوله والمضمضة والاستنشاق لان النبي صلى الله عليه وسلم
فعلهما على المواظبة يعني مع الترك والدليل على الترك حديث تعارض الاعرابي على الوجه الذي ذكرناه وما روي عن عائشة
رضي الله عنها انها حكت وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر المضمضة والاستنشاق وانما تعرض لكيفيتهما
نفيا لقول الشافعي فان عنده الافضل ان يمضمض ويستنشق بكف واحد لما روي انه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ولنا
ان الفم والانف عضوان منفردان فلا يجمع بينهما بماء واحد كسائر الاعضا. وتاويل ما روي انه صلى الله عليه وسلم لم يستعن
باليدين كما في غسل الوجه بل استعمل الكف الواحد وقوله ومسح الاذنين وهو سنة بماء الراس لا بماء جديد خلافا
للشافعي فانه يقول هو سنة بماء جديد وقال في النهاية انتصاب خلافا يجوز ان يكون على المفعول المطلق باضمار فعله
اي نقول هذا نخالف خلافا للشافعي او هذا المذكور في معنى يخالف وكان مصدرا موكدا لمضمون الجملة كقوله لعلاه
على الف درهم اعترافا استدل الشافعي بما روى ابو امامة الباهلي ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ لاذنيه ماء
جديدا ولنا ما روي ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح راسه واذنيه بماء واحد وقال الاذنان من
الراس ووجه التمسك ان المراد بقوله الاذنان من الراس اما ان يكون بيان الحقيقة وهو عليه السلام غير مبعوث لذلك
على انه مشاهد لا يحتاج الى بيان او بيان انهما ممسوحان كالراس لا بماء الراس ولا سبيل اليه لان الاشتراك بين الشيئين
في امر لا يوجب كون احدهما من الاخر كالرجل من اليد لاشتراكهما في الغسل والخف من الراس لاشتراكهما في المسح
واما بيان انهما ممسوحان بماء الراس وذلك يثبت المدعى ومسح الاذنين بماء واحد فانه اذا كان من الراس
حقيقة وحكما جاز ان يمسح بماء واحد فلذا اذا حكم الشرع بذلك فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يجزي مسحهما عن
مسح الراس اجيب بان كون الاذن من الراس ثبت بخبر الواحد ولا يقع عما ثبت بالكتاب كما ان التوجه الى
الحطيم لا يجزي لان كونه من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه الى البيت ثابت بالكتاب ولا يجزي عنه ما ثبت
بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به وقوله وتخليل اللحية لان النبي صلى الله عليه وسلم امره جبريل بذلك قال عليه
السلام نزل جبريل عليه السلام وامرني ان اخلل لحيتي اذا توضأت ووجه التمسك ان الامر للوجوب الا
تركناه لئلا يلزم الزيادة على الكتاب وفيه نظر لانه انما لزم ذلك ان لو افاد الفرضية ولم يقل به احد واما اذا افاد
الوجوب فلا مانع عنه كخبر الفاتحة والحق ان الوجوب يثبت بالمواظبة من غير ترك ولم يثبت ذلك فانه
روي عن ابي حنيفة انه قال ما روي انه صلى الله عليه وسلم اخذ كفا من ماء فخلل به لحيته وقال بهذا امرني ربي

لم يثبت

لم يثبت الا مرة واحدة وعن هذا نقل عنه انه قال مسح اللحية جائز ليس بسنة ومعنى قوله جائز ان صاحبه لا ينسب
الى البدعة وهو المنقول عن محمد كما ذكر في الكتاب وقوله لان السنة يعني في الوضوء اكمال الفرض في محله
والله اعلم اي داخل اللحية ليس محل الفرض لعدم وجوب ايصال الماء اليه بالاتفاق واعترض بان المضمضة
والاستنشاق سنتان وداخل الفم ليس محل الفرض في الوضوء واجيب بان الفم والانف من الوجه من وجه
اذ لهما حكم الخارج من وجه والوجه محل الفرض وقوله خلل الامر يفيد الوجوب وان كان مقرونا بالوعيد لان
حديث الاعرابي والاخبار التي حكي فيها وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير ذكر التخليل فيها صرفه عن
افادة الوجوب والوعيد مصروف بما اذا لم يصل الماء بين الاصابع وقوله لان النبي صلى الله عليه وسلم
توضأ مرة مرة اي غسل كل عضو مرة والمراد بالقول الجواز ورتب على الزيادة والنقصان وعيدا اولى
على ظاهره فلا بد من تاويل وهو من زاد على اعضاء الوضوء او نقص عنها او زاد على الحد المحدود او نقص
عنه او زاد على الثلث معتقدا ان كمال السنة لا يحصل بالثلث فهو ثلث اوجه وقوله فقد تعدى يرجع
الى الزيادة لانه مجاوزة عن الحد وقوله وظلم يرجع الى النقصان قال الله تعالى ولم تظلم منه شيئا اي
لم تنقص وقوله والوعيد لعدم رؤيته سنة اشارة الى اختيار التاويل الثالث يعني انه اذا زاد لطمانينة
القلب عند الشك او بنية وضوء اخر فلا باس به فان الوضوء على الوضوء نور على نور وقد امر بترك
ما يريبه الى ما لا يريبه قال ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة قيل المستحب ما يثاب على فعله ولا
يلام على تركه وقوله فالنية في الوضوء الظاهر ان الاول اختيار القدوري والثاني اختيار المصنف
وتفسير النية في الوضوء هو ان ينوي ازالة الحدث او اباحة الصلوة وهي فرض عند الشافعي قال لانها
عبادة اذ العبادة فعل ياتي به المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيما لامر ربه والوضوء بهذه المثابة وكل
ما هو عبادة لا يصح بدون النية لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين والاخلاص لا يحصل الا بالنية
وقد جعله حالا للعابدين والاحوال شروط فيكون كل عبادة مشروطة بالنية لكن ليس كلامنا فيه
وقاسه على التيمم في كونهما طهارتين للصلوة ولنا ان القول بموجب العلة يعني سلمنا ان الوضوء لا يقع
عبادة الا بالنية لكن ليس كلامنا في ذلك وانما هو في ان استعمال الماء المطهر في اعضاء الوضوء هل يوجب
الطهارة بدون النية محكوم بنجاستها في حق الصلوة ضرورة الامر بتطهيرها والماء طهور بطبعه فاذا لاقى
النجس طهره فقصده المستعمل ذلك اولا كالثوب النجس وكما في حق الاداء بخلاف التيمم فان التراب لم يعقل
مطهرا طبعا فلم يبق فيه الا معنى التعبد ولا تعبد بدون النية فان قيل في الوضوء مسح والمسح لم يعقل مطهرا
طبعا فيحتاج الى النية اجيب بان مسح الراس ملحق بالغسل لقيامه مقامه وانتقاله اليه لضرب من الحرج
وقوله او هو ينبئ عن القصد فلا يتحقق بدونه قيل معنى ان التيمم ينبئ عن القصد والنية هو القصد فلا يتحقق
التيمم بدون القصد اي النية وفيه نظر لانه ينبئ عن القصد لغة والقصد الذي هو النية انما هو قصد
خاص وهو قصد اباحة الصلوة والاعم لا دلالة له على الاخص ولان الاول مدلول اللفظ والثاني فعل القلب
ولا دلالة لاحدهما على الاخر وقوله ويستوعب راسه بالمسح اي ينبغي ان يستوعب راسه بالمسح على ما اختاره
القدوري وقوله سنة يعني على اختياره وصفة الاستيعاب ان يبل يديه ويضع بطون ثلث اصابعه
اصابع من كل كف على مقدم الراس ويعزل السبابتين والابهامين ويجافي الكفين ويجرهما الى اخر الراس العود
بالكفين ويجرهما الى مقدم الراس ويمسح ظاهر الاذنين بباطن الابهامين وباطن الاذنين بباطن السبابتين ويمسح
رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا هكذا روت عائشة مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال الشافعي السنة التثليث بمياه مختلفة لانه ركن في الوضوء فكان التثليث فيه سنة كغسل الوجه
واليدين والرجلين ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح راسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى

سنة عندنا ينافي ذلك لان السنة
ما يثاب على فعله ويلام على تركه
صح

النية حتى يكون مفتاحا للصلوة او لا لاندخل
لكونه عبادة في ذلك ويفيد ذلك بدونها
لان اعضاء الوضوء
صح

لان الاول مدلول اللفظ والثاني فعل العلة ولا دلالة لاحدهما على الاخر
اول فيه بحث

ولم يصر مستعملا او لا جمعه وان لم يصر مستعملا حالة عضو واحد
فلا كان لما سابق

الله عليه وسلم وقد روي عن عثمان وعلي ومعاذ وابن عباس والبراء وابي امامة الباهلي مثل ذلك قال الترمذي
والعمل عليه عند اكثر اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم وقد روي عن عثمان وعلي رضي
الله عنهما انهما حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فغسلا ثلثا ثلثا ومسحا ثلثا قلت المشهور عنهما ما روينا اولا
قال المصنف والذي يروى فيه من التثليث يريد به ذلك يعني على تقدير ثبوته محمول عليه اي على التثليث بماء واحد
وهو مشروع على ما روى الحسن عن ابي حنيفة ذكر الحسن في المجرد عن ابي حنيفة انه اذا مسح ثلثا بماء واحد مسنونا فان قيل
صار البلل مستعملا بالمرة الاولى فكيف يسن امراره ثانيا وثالثا اجيب بانه يأخذ حكم الاستعمال لاقامة فرض اخر لا لاقامة
السنة لانها تابع للفرض الا ترى ان الاستيعاب يسن بماء واحد قوله ولان المفروض هو المسح دليل وتقريره ان
المفروض هو المسح والمسح يصير بالتكرار غسلا فالمفروض هو الغسل وهو خلاف الكتاب والسنة والاجماع فلا يكون
التكرار مسنونا لان السنة في الوضوء اكمال الفرض في محله لا نقله من كونه مسحا الى كونه غسلا وقوله وصار
كمسح الخف تقريره مسح في الوضوء وكل ما هو مسح في الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف وقوله بخلاف الغسل يتصل
بقوله وبالتكرار يصير غسلا ومعناه ان المسح يفسده التكرار بخلاف الغسل فانه لا يفسده فكان قياس الشافعي
الممسوح على المغسول فاسدا **قال** ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله بذكره ۞ ويرتب معطوف
على ويستوعب والكلام في كونه مستحبا او سنة كما تقدم وقوله فيبدأ بيان الترتيب وقال الشافعي الترتيب
في الوضوء فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الاية ووجه الاستدلال ان الفاء للتعقيب والتعقيب
يدل على الترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام الى الصلوة واذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره لانه
معطوف على المرتب والمعطوف على المرتب مرتب او لعدم القائل بالفصل ولنا ان المذكور في الاية حرف الواو
يعني بعد الفاء والواو لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة والفاء دخل على هذه الجملة التي لا ترتيب فيها فيقتضي اعقاب
غسل جملة الاعضاء من غير ترتيب وتحقيقه سلمنا ان الفاء للتعقيب يفيد تعقيب ما بعده لما قبله وما بعده
غسل جملة الاعضاء غير مرتبة فيفيد تعقيبها في ترتيب الاعضاء والداخل فيها الواو وهو لا يفيد الترتيب فان
قيل كيف ادعى المصنف اجماع اهل اللغة ومنهم من يقول انه يفيد الفراء اجيب بان ابا علي الفارسي ذكر ان
النحاة اجمعوا ان الواو للجمع المطلق ذكره سيبويه في سبعة عشر موضعا في كتابه فاعتمد المصنف على ذلك
وبان خلاف القليل لا يمنع الاجماع اللغوي **وقوله** والبداية بالميامن فضيلة اي مستحبة والميامن جمع
ميمنة خلاف الميسرة وذكر في المغرب ان البداية بالياء عامية والصواب بداءة وقوله صلى الله عليه وسلم
ان الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل التنعل لبس النعلين والترجل تسريح الشعر

فصل في نواقض الوضوء

ويعرف الفصل بانه طائفة من المسائل
الفقهية تغيرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب لما فرغ من بيان الوضوء فرضه وسننه
ومستحبه بدأ بما ينافيه من العوارض اذ العوارض انما تكون متأخرة عن المعروض والنواقض جمع ناقضة والنقض
متى اضيف الى الاجسام يراد ابطال تأليفها ومتى اضيف الى المعاني يراد به اخراجه عما هو المطلوب به والمطلوب
ههنا من الوضوء استباحة الصلوة والمعاني الناقضة اي العلل المؤثرة في اخراج الوضوء عما هو المطلوب به
كل ما خرج من السبيلين اي خروج كل ما يخرج من السبيلين يعني القبل والدبر والذكر وانما قدرنا المضاف تصحيحا
للحمل فان حمل الذات على المعنى غير صحيح وانما عبر بالعلل عن المعاني اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في قوله لا
يحل دم امرء مسلم الا باحدى معان ثلث واحترازا عن عبارة الفلاسفة فان المتقدمين استنكفوا عن ذلك
الى ان نشأ الطحاوي فاستعملها فتبعه من بعده فان قيل الكلية منتقضة بالريح الخارج من الذكر والقبل فان
الوضوء لا ينتقض به في اصح الروايتين اجيب بانه مخصوص من العموم لان الريح لا ينبعث من الذكر وانما هو اختلاج
والقبل محل الوطي ليس فيه نجاسة ينجس بالمرور عليها وهو في نفسه طاهر عند المصنف على ما يجيء ووجه الاستدلال

بقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط والغائط هو المكان المطمئن من الارض ينتهي اليه الانسان عند ارادة قضاء
الحاجة تسترا ان الله تعالى رتب وجوب التيمم على المجيء من الغائط حال عدم الماء وهو لازم الخروج النجس وكان كناية
عن الحدث لكونه ذكر اللازم واراد به الملزوم والترتيب يدل على العلية واذا ثبت ذلك في التيمم ثبت
في الوضوء لما ذكرنا ان البدل لا يخالف الاصل في السبب لا يقال قد تقدم ان الحدث شرط الوضوء فكيف تكون
علة لنقضه لانه علة لنقض ما كان وشرط لوجوب ما سيكون ولا تنافي بينهما وقوله وكلمة ما عامة يتناول المعتاد
وغيره يعني لقول مالك فانه يقول لا وضوء لما يخرج نادرا كالحصاة والدودة ودم الاستحاضة مستدلا بان الله
تعالى كنى بالغائط على الوجه المتقدم عن قضاء الحاجة المعتاد فلا يكون غيرها ناقضا قلنا تقييد بلا دليل وفيه ما
ما يدل على خلافه وهو عموم كلمة ما **قال** والدم والقيح اذا خرجا من البدن خروج النجس من بدن الانسان
الحي ينقض الطهارة كيف ما كان عندنا وهو مذهب العشرة المبشرة وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي موسى
الاشعري وابي الدرداء وصدور التابعين رضي الله عنهم وقيد بالخروج لان نفس النجاسة غير ناقضة ما لم توصف
بالخروج والا لما حصلت الطهارة لشخص ما والمراد بالبدن بدن الحي كما ذكرنا فانها وان خرجت من بدن الميت
بعد غسله لا يوجب اعادة غسله بل يوجب غسل ذلك الموضع على ما سيأتي وشرطه التجاوز الى موضع يلحقه
حكم التطهير احترازا عما بدا ولم يخرج ولم يتجاوز فانه لا يسمى خارجا وكان تفسيرا للخروج ورد ان الباطن نجس وان الدم
خارج حتى اورد ما لم يسل نقضا على قولنا الخارج من غير السبيلين ناقض للوضوء وقوله يلحقه حكم التطهير والمراد
يجب تطهيره في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الراس الى قصبة الانف انتقض الوضوء بخلاف البول اذا نزل
الى قصبة الذكر ولم يظهر لان النجاسة هناك لم تصل الى موضع يلحقه حكم التطهير وفي الانف وصلت الى ذلك
اذ الاستنشاق في الجنابة فرض وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي اي امر تعبدنا به اي كلفنا الله به
من غير امر يعقل اذ العقل انما يقتضي وجوب غسل موضع اصابة النجاسة فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد
والياء في تعبدي يجوز ان يكون للنسبة ويجوز ان يكون للمبالغة كاحمري في احمر ويجوز ان يكون معناه امر
تعبد لان القياس يقتضي وجوب غسل كل الاعضاء كما في المني بطريق الاولى لان الغائط انجس من المني لا خلاف في نجاسة
دون الغائط والاقتصار على الاعضاء الاربعة امر تعبدي ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الوضوء من كل دم سائل
خرجه الدارقطني ووجه الاستدلال ان مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله في خمس من الابل
شاة ولا خلاف في فرضيته وقوله عليه السلام الماء من الماء ولا خلاف في وجوب الغسل بسبب خروج المني وكان
معناه توضؤوا من كل دم سائل عن البدن وانما عبر عنه بلفظ الخبر لكونه اكد في الدلالة على الوجوب كانه
امر فامتثل امره فاخبر عن ذلك وهو انه كونه واجبا فان الامر اذا كان ممن لا يكذب في كلامه يعبر عن مطلوبه
بلفظ الخبر تأكيدا للطلب لان في تركه تكذيبا وهو ممن لا يكذب على ما عرف في موضعه فان قيل سلمناه لكن يجوز
ان يكون المراد به الوضوء اللغوي قلنا ذلك مجاز شرعي ولا يترك الحقيقة الشرعية في كلام الشارع
بلا دليل وقوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم
يتكلم رواه ابن ابي مليكة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الرازي في شرح الطحاوي يقال رعف
اذا سال رعافه قال المطرزي وفتح العين هو الفصيح ووجه التمسك به من وجهين احدهما الامر بالانصراف وبه
ابطال العمل المنهي عنه المفضي الى الشافي المستحيل على الشرع فان قيل جاز ان يكون الامر بالانصراف لازالة
نجاسة اصابت ثوبه او بدنه من الرعاف اجيب بان الامر بالبناء يأباه فان البناء اذ ذاك غير جائز بالاتفاق
والثاني الامر بالوضوء والامر للوجوب وارادة الوضوء اللغوي مدفوعة بما تقدم من الحديث الاول لانه
وقع في الشرع ذلك اذا اغتسل فمه بعد القيء فقيل الا تتوضأ وضوءك للصلوة فقال عليه السلام هكذا الوضوء

بلغه

اي بجهة حكم التطهير [2]

الوضوء من القيء لان ذلك بقرينة فانه عليه السلام قال ذلك بطريق المشاكلة لقول من قال السائل الا توضأ
وضوءك للصلوة والثالث انه امر بالبناء وادناه الاباحة ولا اباحة للبناء بعد العمل الكثير الا بعد انتقاض الطهارة
بالاتفاق لا يقال البناء غير واجب بالاتفاق فكذا ما عطف عليه لان القران في النظم لا يوجب القران في
الحكم الا ترى الى قوله تعالى كلوا من رزق ربكم واشكروا له فان الامر الاول للاباحة والثاني للوجوب
واذا جاز ذلك فعكسه اولى لانه اتباع الضعيف للقوي **قوله** لان خروج النجاسة اثبات صفة النجاسة
لما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس والمصنف رحمه الله ظهر عن جد عظيم مع وجازة اللفظ وبيانه
على وجه واضح يحتاج الى ذكر الاصل والفرع وشروط القياس ولا علينا ان نذكر ذلك اجمالا فنقول القياس
ابانة مثل حكم احد المذكورين بمثل علته في الاخر فالمذكور الاول هو الاصل والثاني هو الفرع وشروطه
ان لا يكون الاصل مخصوصا بحكمه بنص اخر كشهادة خزيمة وان لا يكون معدولا به عن القياس كبقاء الصوم مع
الاكل ناسيا وان لا يتعدى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه واما معرفة تفاصيل
ذلك وما يحترز عنه بكل قيد من القيود فموضعه اصول الفقه اذا عرف هذا فنقول اما الاصل ههنا
فهو الخارج من السبيلين اعني الغائط وهو مشتمل على معنى معقول وهو ان لخروج النجاسة اثرا في زوال الطهارة
عن المخرج لاتصافه بضد الطهارة وهو التلوث بالنجاسة وعن سائر البدن باعتبار الاضافة بالحدث لا يقبل
التجزي وعلى معنى غير معقول وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة واما الفرع فيه فهو الخارج من غير السبيلين
وذلك لان علماءنا رحمهم الله اعتبروا واستنبطوا ان الخارج من السبيلين كان حدثا لكونه نجسا خارجا من بدن
الانسان من قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط الاية وهو نص معلول بذلك الوصف لظهور اثره
في جنس الحكم المعلل به وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس ووجدوا مثل ذلك في الخارج من غير السبيلين
فعدوا الحكم الاول اليه وتعدى الثاني وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة ايضا ضرورة تعدي الاول
لانه لو لم يتعد اليه يتغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس فان قيل النص وارد لا يوجد الخروج مؤثرا في
الاصل واعتبر تاثيره في الفرع السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير اجاب المصنف بقوله غير ان الخروج يتحقق بالسيلان
الى موضع يلحقه حكم التطهير وهذا الى اخره فان قيل قد ذكرتم ان من شروط القياس ان لا يكون الاصل مخصوصا
بحكمه بنص اخر ولا تردد في محل النزاع لما انه صلى الله عليه وسلم قاء فلم يتوضأ فانه يدل على ان قوله
تعالى او جاء احد منكم من الغائط مخصوص بحكمه وهو نقض الطهارة فالجواب ان ذلك محمول على القليل كما ذكره
في الكتاب ويجاب عما قيل ومن شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه وقد رويتم فيه حديثين بان ذلك
الشرط ليس بمتفق عليه فجاز ان يكون اختيار المصنف خلافه وللقائل ان يقول قد ذكرتم ان الاصل يشتمل على معنى معقول
ومعنى غير معقول وعديتم غير المعقول تبعا للمعقول لئلا يلزم التغيير المفسد لتعديتم المعقول فلا يلزم
تعدية غير المعقول وجعلتم المعقول تبعا له في ذلك والجواب من وجهين احدهما ان الاول معقول لما ذكرنا
ومشروع لاعتبار الشرع حدثا والثاني مشروع فقط فجعلناه تابعا للاول اولى من عكسه لا محالة والثاني
ان الشرع لما اعتبر الاول حدثا استلزم الطهارة عند تكرره في غسل جميع البدن كلما وجد حرج بين فاقتصر
على الاعضاء الظاهرة تيسيرا عليه فكان الثاني من ضرورات الاول فكان تابعا له وعرف ملء الفم بما ذكر
في الكتاب وهو رواية الحسن بن زياد وقيل ان منع من الكلام فهو ملؤه والاولى ان فرق بين الملء وغيره لان
الفم يتجاذبه دليلان احدهما يقتضي كونه ظاهرا والاخر يقتضي كونه باطنا حقيقة وحكما اما الحقيقة
فلانه اذا فتح فاه يظهر واذا اضمه يبطن واما الحكم فلان الصائم اذا اخذ الماء بفيه ثم مجه
لم يفسد صومه كما اذا اسال الماء على ظاهر جلده فكان ظاهرا واذا ابتلع ريقه لا يفسد صومه ايضا كما
اذا انتقل من زاوية من بطنه الى اخرى فكان باطنا فوفرنا على الدليلين حكمهما فقلنا اذا كثر ينقض لانه

يخرج

يخرج غالبا حيث لا يقدر الانسان على ضبطه الا بتكلفه فاعتبر خارجا واذا قل لا ينقض فيصير تبعا للريق واليه
اشار بقوله لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا فان قيل عرف المصنف ملء الفم بما استدل عليه والتعريفات
لا يستدل عليها فالجواب ان قوله لانه يخرج ظاهرا ليس دليلا لقوله وملء الفم ان يكون بحال الى
اخره بل هو دليل لقوله ويملأ الفم في القيء **قال** وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء قال
زفر رحمه الله لما كان الخارج من غير السبيلين حدثا بما دل عليه من الدليل وجب ان يستوي فيه القليل
والكثير كالخارج من السبيلين وهو قياس ظاهر ولقوله صلى الله عليه وسلم القلس حدث رواه سوار
بن مصعب عن زيد بن علي عن ابيه عن ابائه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي ووجه الاستدلال به ما ذكر عن الخليل انه قال القلس ما خرج من الفم ملء الفم او دونه وانما
قدم الاستدلال بالقياس على الاستدلال بالحديث لان الخصم معترف بصحة القياس لا نزاع له فيها فكان
اقطع في الالزام ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا
اي ليس في القطرة والقطرتين بالقوة من الدم وضوء لكن اذا سال الدم ففيه الوضوء وحاصل معناه لا وضوء
في الدم القليل لكن في الكثير وضوء وهو السائل فالاستثناء منقطع لان الحقيقة ليست مرادة لخصوصها
والمجاز وهو القليل لا يتناول السائل فلا يكون متصلا فان قيل ثم ان الحقيقة ليست بمرادة لجواز
ان يكون المراد منه قطرة الدم من راس الجرح من غير ان يسيل الى موضع يلحقه حكم التطهير فالجواب
ان هذا المنع لا يضرنا لان الاستثناء لا يخرج به عن كونه منقطعا وهو ظاهر قوله وقول علي رضي الله عنه
حين عد الاحداث جملة او دسعة اي دفعة من القيء استدلال بالاثر الظاهر انه قاله سماعا من النبي
صلى الله عليه وسلم نصا فقوله كقوله عليه السلام وقوله واذا تعارضت الاخبار يعني ان الاصل في الدليلين
المتعارضين ان يعمل بهما ان امكن والا فيرجح احدهما ان امكن وان لم يمكن يتهاتران فيصار الى القياس
وان تعارض القياسان يعمل المجتهد بايهما شاء وفي مسئلتنا هذه تعارض ما رواه الشافعي رضي الله عنه
من قوله عليه السلام قاء فلم يتوضأ وما رواه زفر من قوله القلس حدث والعمل بهما ممكن بحمل ما رواه
الشافعي على القليل وما رواه زفر على الكثير وذلك لان القيء ملء الفم من كثرة الاكل ورسول الله صلى الله
عليه وسلم كان عن ذلك بمعزل **قال** والعرق بين المسلكين اي المخرج المعتاد وغيره جواب لزفر عن
اعتباره غير المعتاد بالمعتاد وقد بيناه عند قوله غير ان الخروج الى اخره فلا يعيده ولو قاء متفرقا بحيث لو
جمع لملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس لان له اثرا في جمع المتفرقات ولهذا اتحد الاقوال المتفرقة في النكاح
والبيع وسائر العقود باتحاد المجلس وكذلك التلاوات المتعددة لاية السجدة تتحد باتحاد المجلس وعند محمد
يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان لان الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب من الصحة والفساد فيتحد باتحاده
الا ترى انه اذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البرء اختلف ويعتبر الاتحاد في
الغثيان ان يقيء ثانيا قبل سكون النفس عن الغثيان الاول فان سكنت ثم قاء فهو حدث جديد ثم ما لا يكون
حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ذكره في جامع الكردري
وهو الصحيح وهو اختيار بعض مشايخنا اختاره المصنف واحترز بقوله هو الصحيح عن قول محمد فانه نجس عنده
واختاره بعض المشايخ احتياطا وفائدته تظهر فيما اذا اخذه بقطنة فالقاه في الماء لا ينجس الماء عند ابي
يوسف خلافا لمحمد وقول ابي يوسف ارفق خصوصا في حق اصحاب القروح ووجه الصحة ما ذكره في الكتاب
بقوله لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة ومعناه ان الخارج النجس من بدن الحي يستلزم كونه حدثا
فاذا لم يكن حدثا فقد انتفى اللازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وفي كلامه نظر من وجهين احدهما
ان الضمير في قوله لانه راجع الى ما لا يكون حدثا ومعنى قوله لم ينتقض به الطهارة ليس بحدث فكان

معنى كلامه لان ما لا يكون حدثا ليس نجس حكما لانه ليس بحدث وهو مصادرة على المطلوب والثاني انه يستلزم
يستدل بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لان عدم النقض يجوز ان يكون لكونه غير خارج لا لكونه غير
خارج نجس فان علة النقض ذات وصفين وصف الخروج ووصف النجاسة فيجوز ان يكون انتفاؤه لكونه
غير خارج دون انتفاء الوصف الاخر والجواب عن الاول ان تقرير كلامه هكذا اما لا يكون حدثا لا يكون
نجسا لان ما لا يكون حدثا ليس بنجس حكما وقوله حكما اشارة الى ان النجس هو ما حكم به الشرع بنجاسته لان
حكمه بالنجاسة يستلزم كونه حدثا وليس بحدث لما ذكر عليه من الدليل فلا يكون نجسا وعن الثاني بان غير
الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونه في محلها فان من صلى وهو حامل نجاسة او بيضة حال محها دما جازت
صلوته فان انتفاء الخروج مستلزم لانتفاء النجاسة ونوقض بدم الاستحاضة والجرح السائل فانه ليس بحدث
وهو نجس واجيب بانه لا نسلم انه ليس بحدث بل هو حدث لكن لا يظهر اثره حتى يخرج الوقت وقوله وهذا اي
الذي ذكرنا من انتقاض الطهارة بملء الفم اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما يعني صرفا لا يشوبه
طعام فاما ان نزل من الراس او ارتقى من الجوف والاول غير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة
وكذا الثاني عندهما خلافا لابي يوسف له انه نجس بمجاورة ما في المعدة من النجاسة وقد خرج الى موضع يلحقه حكم
التطهير فيكون ناقضا كالطعام والصفراء ولهما ان البلغم لزج لا يتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء
غير ناقض فان قيل ينتقض بلغم يقع في النجاسة ثم يرفع فانه يحكم بنجاسته اجيب بانه لا رواية في هذه المسألة ولئن
سلم فالفرق بينهما ان البلغم ما دام في الباطن يزداد ثخانة فيزداد لزوجة فاذا انفصل عن الباطن يقل ثخانته
فيقل لزوجته واذا قل لزوجته ازدادت رقته فجاز ان يقبل النجاسة ولم يذكر ما اذا اختلط البلغم بالطعام قالوا
تعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالبا نقض كالدم والا فلا ولو قاء دما فاما ان يكون منجمدا او هو العلق او مائعا
فان كان الاول يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة وهي تخرج من المعدة والخارج منها حدث اذا كان ملء
الفم وان كان الثاني فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه قيل وهي خمسة الطعام والماء والمرة والصفراء
والسوداء وعندهما ان سال بقوة نفسه نقض وان قل لان المعدة ليست محلا للدم فيكون من قرحة في الجوف
ظاهرا فيعتبر بالخارج من القرحة الظاهرة والمعتبر هناك السيلان فكذلك هذا ذكره في مبسوط شيخ الاسلام
ان قول ابي يوسف في هذه المسألة مضطرب منهم من جعله مع محمد ومنهم من جعله مع ابي حنيفة واختاره
المصنف **وقوله** لو نزل الى ما لان اي الذي لان من الانف يعني المارن فان قيل حكم هذه المسألة قد علم من
قوله في اول الفصل والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير فكان ذكره تكرارا
اجيب بان ذكره ههنا ليس لبيان حكمه لكونه معلوما مما ذكر اذا وصل الى ما لان واليه اشار بقوله بالاتفاق وقوله
لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير يعني بالاتفاق لعدم الظهور قبل ذلك عند زفر رحمه الله **قال**
قال والنوم مضطجعا لما فرغ من بيان نقض الوضوء بما خرج من البدن حقيقة ذكر نقضه بما يوجب ذلك
حكما والنوم مضطجعا وهو ان يضع النائم جنبه على الارض ينقض الوضوء لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل
فلا يخلو عن خروج ريح عادة والثابت عادة كالمتيقن به الا ترى ان من دخل المستراح ثم شك في وضوئه فانه يجعل
منتقض وضوء لان العادة جرت عند الدخول في الخلاء بالتبرز بخلاف ما اذا شك بدون الدخول وكذلك النوم متكئا
اي احد وركيه والاتكاء افتعال من وكاء مفعل الفاء مهموز اللام معتد لا مستعمل فابدل التاء في اتكام الواو
لان الاصل اوتكاء فان التاء تبدل من الواو في افتعال وغيره لان الاتكاء يزيل مسكة اليقظة اي التماسك الذي
يكون للمستيقظ وكذلك الاستناد الى شيء لجدار او حائط بحيث اذا ازيل سقط وهو ليس من اصل رواية المبسوط
وانما هو مما اختاره الطحاوي لان الاسترخاء يبلغ غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط
والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينقض وضوءه على كل حال لان مقعده مستقر على الارض فيأمن خروج شيء منه

قوله

قوله بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة يعني اذا كان على هيئة سجود الصلوة من تجافي البطن
عن الفخذ وعدم افتراش الذراعين اما اذا كان بخلافه فينقض **قال** وغيرها هو الصحيح احتراز عما ذكر ابن شجاع
انه لا يكون حدثا في هذه الاحوال اذا كان في الصلوة فاما اذا كان خارج الصلوة فهو حدث والذي صححه هو ظاهر
الرواية لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء اذ المزيل لم يكن النوم في هذه الاحوال سببا
لخروج شيء عادة فلا يقام مقامه لان السبب انما يقام مقام المسبب اذا كان غالب الوجود بذلك السبب اما اذا لم
يغلب فلا لانه حينئذ يقع الشك في وجود الحدث والوضوء كان ثابتا بيقين فلا يزال بالشك والاصل فيه اي في كون النوم غير
ناقض للوضوء في هذه الاحوال قوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا
انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله رواه الترمذي مسندا الى ابن
عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل هذا الحديث غير صحيح لان مداره على ابي العالية وهو
ضعيف عند النقلة روي عن ابن سيرين انه قال حدث عمن شئت الا عن ابي العالية فانه لا يبالي عمن اخذ
اي لا يبالي ان يروي عن كل احد اجيب بان ابا العالية ثقة نقل عنه الثقات كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي
رحمهم الله وكونه لا يبالي عمن اخذ يؤثر في مراسيله دون مسانيده وقد اسند هذا الحديث الى ابن عباس
رضي الله عنهما ووجه التمسك به من هذا الحديث من اوجه الاول نفي الوضوء عمن نام قائما او راكعا والثاني
اثباته على من نام مضطجعا مؤكدا بانما فان قيل انما للحصر بل هو لتاكيد الاثبات ولئن سلم فصيغة افادة
الحصر في المضطجع والمتكئ والمستند يلحق به بطريق الدلالة والثالث التعليل وهو قوله فانه اذا نام مضطجعا
استرخت مفاصله فانه يدل على عدم وجوب الوضوء على من نام قائما او راكعا او ساجدا لعدم الاسترخاء
وعلى وجوبه على المضطجع ومن هو بمعناه لوجوده فيه قيل ومعنى قوله استرخت مفاصله بلغ الاسترخاء
نهايته لان اصل الاسترخاء يوجد فيمن نام قائما لئلا يتناقض اول الحديث واخره وربما يشير الى هذا
قوله من قبل لان بعض الاستمساك باق وقوله فلا يتم الاسترخاء **قال** والغلبة على العقل بالاغماء
والجنون والجنون مرفوع عطفا على قوله والغلبة والمرخطا لان العقل في الاغماء مغلوب وفي الجنون
مسلوب ولهذا جاز الاغماء على الانبياء دون الجنون والاغماء ضرب مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى وشبه
امتلاء بطون الدماغ من بلغم غليظ وقوله لانه اي لان كل واحد من الاغماء والجنون فوق النوم مضطجعا
في الاسترخاء لان النائم ينتبه بالتنبيه دونهما والاغماء حدث في الاحوال كلها يعني حال القيام والقعود
والركوع والسجود لوجود الاسترخاء وهو القياس في النوم لزوال المقعد عن الارض ووجود اصل الاسترخاء
ولكن تركنا هذا القياس في النوم بقوله صلى الله عليه وسلم لا وضوء على من نام قائما الحديث والاغماء فوقه
فلا يقاس عليه ولا يلحق به دلالة اذ لا يلزم من ان لا يكون ادنى الغفلة ناقضا ان لا يكون اعلاها ناقضا والسكر
اذا حصل به في المشية تمايل كالاغماء قيل ولم يعلل المصنف الجنون ومن المشايخ من علله بغاية الاسترخاء
ورد بان المجنون قد يكون اقوى من الصحيح والاولى ان يقال انه ناقض باعتبار عدم مبالاته وتمييز الحدث
من غيره **قال** والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود احتراز عن صلوة الجنازة وكلامه واضح
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الا من ضحك منكم الحديث رواه ابو حنيفة عن منصور بن زاذان عن الحسن
عن معبد الجهني ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي واصحابه خلفه فجاء اعرابي وفي بصره سوء
ضعف فوقع في ركية فضحك بعض اصحابه فلما فرغ من صلاته قال الا من ضحك منكم الحديث ورواه
اسامة بن زيد عن ابيه ورواه ابو العالية مرسلا ومسندا الى موسى الاشعري وامثاله اي ومثل
هذا الحديث الذي عمل به الصحابة والتابعون وكان راويه معروفا بالفقه والتقدم في الاجتهاد كابي
موسى يترك به القياس قيل التعلق به لا يصح لانه لم يكن في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ركية وكان موضوعا واجيب

بانه ليس في خبر المثنى انه كان يصلي في المسجد فيجوز ان يكون في الموضع الذي كان يصلي فيه ركية وزاوي المسجد كابي موسى
واسامة ثقة وهو مثبت فهو اولى وقيل لا يصح من وجه اخر وهو انه لا يتوهم على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
الضحك في الصلوة قهقهة والذين كانوا خلفه اصحابه واجيب بانه يصلي خلفه الصحابة وغيرهم من المنافقين
والاعراب الجهال وهذا من باب حسن الظن بهم رضي الله عنهم والاقلين الضحك كبيرة وهم ليسوا من الصغائر معصومين
ولا عن الكبائر على تقدير كونه كبيرة قوله والاثر ورد في صلاة مطلقة اي كاملة فيقتصر عليها فلا يتعدى
الى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وصلاة الصبي وصلاة الباني بعد الوضوء على احد الروايتين وصلاة
النائم فان الوضوء لا يفسد في جميع ذلك وفرق بين الضحك والقهقهة وهو واضح ولم يذكر التبسم
لانه ليس بمفسد للصلوة ولا الوضوء فلم يكن له مدخل. قال جابر بن عبد الله رضي الله عنه ما رايت رسول الله
صلى الله عليه وسلم الا تبسم ولو في الصلوة **قال** والدابة تخرج من الدبر تنقض الوضوء الدودة
التي تتولد في البطن اذا خرجت من الدبر نقضت الوضوء والتي تتولد في الجرح اذا خرجت منه او لحم سقط منه
لم ينقض لان نفس الدودة ليست نجسة وانها لو غسلت جازت الصلوة معها فلم يبق من النجس الا ما عليها وذلك
قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الخارج من الجرح الجشاء في عدم النقض والخارج من الدبر
الفساء في نقض الوضوء به قيل انما فسر الدابة بالدودة لان الدابة ما تدب على الارض فربما يتوهم ان المراد
بها ما يدخل الجرح كالذباب فيخرج منه فانه لا ينقض ففسره بيانا لذلك وقيل فيه تقدم في كلام المصنف ان
ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا هو الصحيح وقال لان النجس ما عليها وذلك ناقض واجيب بان ما تقدم كان على
قول ابي يوسف ويجوز ان يكون هذا على قول محمد او اطلق النجس بطريق الفرض يعني لو كان ثم نجس فهو ما عليها
وهذا ليس بصحيح لان تقدير الشرطية ان كان على هذا الوجه لكن ثم نجس فيكون ما عليها لم يستقر في الجرح لان ما لا
يكون حدثا لا يكون نجسا وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون نجسا فان كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجس ما عليها
فلا يكون نجسا لم يستقر في الدبر لانه نجس وحدث والاول صواب ويجوز ان يقال اطلق النجس على ما يخرج
من الجرح بطريق المشاكلة فانه لما كان بالنسبة الى الدبر نجسا ذكره في الجرح بلفظ النجس قوله بخلاف الريح الخارجة
من قبل المراة متصلا بالمثانة يعني والله اعلم انه ناقض بخلاف الريح الخارجة من قبل المراة وذكر الرجل لانها لا تنبعث
عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة وهي التي صار سبيلاها واحدا يستحب لها الوضوء لاحتمال ان يكون فساء
واختلف في ان عين الريح نجس ام تتنجس بمرورها على النجاسة وثمرته تظهر فيما اذا خرج منه الريح وعليه سراويل
مبتلة فمن قال بنجاسة عينها قال تتنجس السراويل ومن قال بطهارة عينها لم يقل به كما لو مرت بنجاسة ثم مرت
بثوب مبتل فانه لا يتنجس بها قيل اذا كان الخروج من الدبر محتملا لا ينبغي ان يكون الوضوء واجبا واجيب بان
كونها متوضئة ثابت بيقين واليقين لا يزول بالمحتمل كالشاك في الحدث وقال ابو حفص الكبير يجب عليها
الوضوء وهي رواية هشام عن محمد رحمه الله وقيل ان كانت منتنة يجب والا فلا قوله نفطة قرحت
في نونها الحركات الثلث وهي بثر تخرج باليد ملأى ماء من قولهم انتفط فلان اي امتلأ غضبا فاذا قشرت
فاما ان يسيل الماء عن راس الجرح او لا فسماه جرحا لان قشرها جرح لها فان كان الاول نقض وان كان الثاني
لم ينقض وانما اعاد هذه المسئلة وان كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج او ليعلم ان حكم
الماء حكم غيره لان الماء لم يذكر من قبل فربما كان يتوهم ان الماء ليس كغيره وهذه الجملة يعني قوله او صديد
او غيرهما وقوله هذا اي الذي ذكر انه اذا سال نقض انما هو اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها
فخرج بعصره ولو لم يعصرها لم يخرج لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج وهذا اختيار بعض المشايخ اشاره المصنف
وقال غيرهم ينقض قال بعض الشارحين هذا هو المختار عندي لان الخروج لازم للاخراج ولا بد من وجود
اللازم عند وجود الملزوم وفيه نظر لان الاخراج ليس بمنصوص عليه وان كان يستلزمه فكان ثبوته

(في الهامش: قوله بخلاف الريح الخارجة)

(في الهامش: قوله النفطة ... بثر صغار واحده ... [illegible])

عن قصدي

عن قصدي ولا معتبر به

فصل في الغسل

معنى الفصل في اللغة
معنى الفصل في اللغة ظاهر وقد تقدم تعريفه بانه طائفة من المسائل الفقهية تغايرت احكامها بالنسبة
الى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فان وصل الى ما بعده نون والا فلا وانما ذكر فصل الغسل
بعد الوضوء لان الحاجة الى الوضوء اكثر او لان محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل كله والجزء قبل الكل
او اقتداء بكتاب الله فانه وقع على هذا الترتيب والفرض بمعنى المفروض والواو في قوله وفرض
الغسل اما للاستيناف واما واو الحكاية للعطف على قوله ففرض الوضوء والغسل اسم من الاغتسال
وهو غسل تمام الجسد قوله وغسل سائر البدن اي الباقي وقوله عليه السلام عشر من الفطرة اي
السنة قيل خمس منها في الراس وخمس في الجسد فالتي في الراس الفرق والسواك والمضمضة والاستنشاق
وقص الشارب والتي في الجسد الختان وحلق العانة ونتف الابط وتقليم الاظفار والاستنجاء بالماء قوله
ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم جرى
مجرى المصدر الذي هو الاجناب وقوله فاطهروا اي اغسلوا ابدانكم على وجه المبالغة وهو امر
بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن الارادة كداخل العينين لما في غسلهما
من الضرر والاذى ولهذا اسقط غسلهما عن حقيقة النجاسة بان كحل عينيه بكحل نجس والمضمضة والاستنشاق
لا بعد فيهما ولهذا افترض غسلهما عن النجاسة الحقيقية فيفترض ايضا في الجنابة قوله بخلاف الوضوء جواب
عن قياس الشافعي رحمه الله الغسل بالوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه لا جميع البدن والمواجهة فيهما
اي في محل المضمضة والاستنشاق معدومة وقوله والمراد بما روي جواب عن حديث الشافعي بحمله
على الوضوء بدليل ما روى ابن عباس وجابر رضي الله عنهم انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء
وسنته ان يبدأ المغتسل **قال** وسنته ان يبدأ المغتسل سنن الغسل ان يبدأ المغتسل
فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه قال في النهاية وهو منقول عن الامام حميد الدين
الضرير رحمه الله انه اصح وفي بعض النسخ النجاسة وليس بصحيح لان لام التعريف اما ان يكون للعهد او للجنس
لا وجه للاول لان كلمة النكرة تاباه فان العهد يقتضي التقرر اما ذكرا او علما ولا وجه للثاني لان كون
النجاسات كلها على بدنه محال واقلها وهو الجزء الاول الذي لا يتجزى غير مراد ايضا لانه علل ذلك في
الكتاب بقوله كيلا يزداد باصابة الماء وهذا القليل الذي ذكرناه لا يزداد عند اصابة الماء ثم قال
الا ان الرواية بالالف واللام قد ثبتت في النسخ فوجهه ان يحمل على تحسين اللفظ وقال بعض الشارحين
انما تعين التنكير اذا انحصر اللام في التعريفين وليس كذلك لجواز ان يكون لتعريف الماهية وليس بشيء
لان الماهية من حيث هي لا توجد في الخارج فاما ان توجد في الاقل او في غيره وذلك فاسد لما مر
وقوله ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه احتراز عما روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الجنب يتوضأ
لا يمسح راسه لانه لا فائدة فيه لوجود اسالة الماء من بعد وذلك يعدم معنى المسح بخلاف سائر الاعضاء لان
التسييل هو الموجود فلم يكن التسييل من بعد معدما له وقيل انما قال ذلك دفعا لما يتوهم ان المراد
بالوضوء غسل اليدين الى المرفقين فانه قد يسمى وضوءا وقوله ويبدأ بازالة النجاسة تكرار واعاده
لبيان التعليل والظاهر انه اراد بها النجاسة المعهودة في ذلك الحال وهو المني الرطب فان ميمونة
رضي الله عنها قالت توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءه للصلوة غير رجليه وغسل فرجه وما
وما اصابه من الاذى **قوله** وليس على المراة ان تنقض ضفائرها وبلها اما نقضها فليس بواجب
اذا بلغ الماء اصول الشعر بالاتفاق لقوله صلى الله عليه وسلم لام سلمة حين قالت يا رسول الله اني امراة اشد ضفر
راسي افانقضها اذا اغتسلت اما يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك لانه خبر واحد فلا يجوز به الزيادة على ...

(في الهامش: ... لا وجه للاول لان كلمة ... يقتضي التقرر ذكرا او علما ولا وجه للثاني لان كون النجاسات ... [illegible])

تعالى فاطهروا ولان الشعر لبس من كل وجه بدن والامر بالتطهير له اولان مواضع الضرورة مستثناة لداخل العينين واما بلها فلذلك في الصحيح لما فيه من الحرج وقوله في الصحيح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة انها تبل ذوائبها ثلثا مع كل بلة عصره ليبلغ الماء شعب قرونها خلافا للبعض فانه لا حرج في ايصال الماء الى اساسها وفي تخصيص المراة اشارة الى ان حكم الرجل بخلافها قال في المبسوط الرجل اذا ضفر شعره كما يفعله العلويون والاتراك هل يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر ظاهر الحديث يدل على انه لا يجب وذكر الصدر الشهيد انه يجب

قال والمعاني الموجبة للغسل اي العلل الموجبة اختار لفظ المعاني لما تقدم في الوضوء فان في النهاية هذه معان موجبة للجنابة لا للغسل فانها تنقضه فكيف توجبه وذكر في مبسوط شيخ الاسلام سبب وجوب الاغتسال الارادة مالا يحل فعله بسبب الجنابة عند عامة المشايخ وزيد بان الغسل يجب اذا وجد احد المعاني المذكورة سواء وجدت الارادة او لم توجد وفيه نظر وعند بعضهم السبب الجنابة واورد عليه الحيض والنفاس ولو زيد او في معناها لا يندفع وعلى هذا تكون المعاني الموجبة علة العلة قوله انزال المني على وجه الدفق والشهوة قيل هذا اللفظ باطلاقه يستقيم على قول ابي يوسف لاشتراط الدفق والشهوة حالة الخروج ولا يستقيم على قولهما لانهما ما اشترطا الدفق عند الخروج حتى قالا يجب الغسل اذا زايل المني عن مكانه عن شهوة وان خرج من غير دفق ورد بانه مستقيم على قولهما فان خروج المني على هذا الوجه يوجب الغسل بالاتفاق واما اذا يجب الغسل اذا زايل المني عن مكانه عن شهوة وان خرج من غير دفق فليس في كلام المصنف ما ينافيه ولا يقتصره على الاول وهذا جيد لكن كلام المصنف يوهم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانها ورتبما يتبين قوله ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد الى اخره بعض بيان وقال الشافعي رحمه الله خروج المني كيفما كان يعني سواء كان بشهوة او حمل ثقيل او سقطة من مكان مرتفع او غير ذلك يوجب الغسل لقوله صلى الله عليه وسلم الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب لقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا والجنب في اللغة من خرج منه المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المراة فالامر بالتطهير يتناول من خرج منه المني على وجه الشهوة وغيره ليس في معناه فلا يقاس عليه ولا يلحق به وقوله من المراة انما ذكره ليخرج قضاء شهوة البطن فان قاضيها لا يسمى جنبا وقيل ذكره انفا في الوجوب على المحتلم وقيل الجنابة في اللغة موضوعة لذلك والمحتلم عليه الغسل بحديث ام سلمة في بعض الفاظها انها لما سالت النبي صلى الله عليه وسلم عن المراة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل فقال عليه السلام اتجد لذة لذلك فقالت نعم فقال عليه السلام فلتغتسل والحديث يعني قوله الماء من الماء محمول على خروج المني عن شهوة توفيقا بين الادلة ولان قوله من الماء يتناول المذي والودي وليس فيه غسل بالاجماع فيراد به المعهود ويحمل على حالة الشهوة لحديث ام سلمة وقوله ثم المعتبر ظاهر وثمرته تظهر فيمن امسك ذكره بعد الانفصال بشهوة عن مكانه حتى سكن الشهوة ثم تركه حتى خرج من احليله بلا شهوة لا يجب الغسل عنده خلافا لهما هو قاس الخروج بالمزايلة بجامع تعلق الغسل بهما ولهما انه متى وجب من وجه كما ذكرنا ان للشهوة مدخلا في وجوب الغسل وقد وجدت في حالة وهو الانفصال دون الاخرى وهو الخروج فبالنظر الى الاولى يجب وبالنظر الى الثانية لا يجب والباب باب العبادة فيوجبه احتياطا وقد وقع في النهاية في بيان ذلك ان الخروج على وجه الشهوة قد وجد والظاهر انه سهو لانه لو كان كذلك لارتفع النزاع فان قيل دار الغسل بين الوجوب وعدمه فلا يجب كما اذا خرج الريح من المفضاة اجيب بان جهة الوجوب راجحة لان الموجب اصل اذ الخروج بناء على المزايلة بالشهوة وعدم الخروج بالشهوة بعد المزايلة من العوارض النادرة فلا معتبر به وقيل قوله قياس وقولهما استحسان والحائض من الزنية باخذ بقول ابي يوسف وقوله والتقاء الختانين الختان موضع القطع من الذكر والانثى ومن عادة العرب اختتان الانثى وقوله من غير انزال ليس بشرط لوجوب الغسل فانه لو انزل وجب بالاجماع وانما ذكره نفيا لقول الانصار رضي الله عنهم فانهم قالوا لا يجب الاغتسال

بالاكثار

بالاكثار واشتد لو ابطاهر قوله عليه السلام الماء من الماء ولنا قوله عليه السلام اذا التقى الختانان وتوارت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل وهذا المفسر في هذا المعنى لا يقبل التاويل ولا منافاة بين الحديثين فيعمل بكل واحد منهما ويقول الجنابة تثبت بانفصال المني عن شهوة بقوله الماء من الماء لما ذكرنا من تاويله وبالايلاج في الادمي بقوله اذا التقى الختانان الحديث وقد قررنا معنى الحديث في التقرير بتاييد الله وفي قوله وتوارت الحشفة اشارة الى مجرد التلاقي لا يوجبه ولكن يوجب الوضوء عندهما خلافا لمحمد والحشفة ما فوق الختان من راس الذكر وقوله فلانه سبب للانزال بيانه ان الشيء الذي يترتب عليه حكم اذا كان خفيا وله سبب ظاهر يقام السبب الظاهر مقام ذلك الامر الخفي ويترتب عليه الحكم والتقاء الختانين سبب الانزال ونفس الانزال الذي يترتب عليه الغسل يتغيب عن بصر المنزل وقد يخفى الانزال لقلة المني فيقام الالتقاء مقام الانزال كما في السفر مع المشقة التي يترتب عليها القصر في السفر والالتقاء مجاز للايلاج لانه سببه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية حتى ان الفسقة يرجحون قضاء الشهوة من المحل لما يدعون فيه من اللين والحرارة والضيق وعن هذا ذهب بعضهم الى ان محاذاة الامرد في الصلوة تفسد صلوة غيره كالمراة ويجب على المفعول به احتياطا اما عند ابي يوسف ومحمد فانهما يوجبان فيه الحد الذي الاحتياط في تركه ولان موجبا الغسل الذي الاحتياط في تركه اولى واما عند ابي حنيفة فلانه يحتاج في الحد فيتركه ويحتاط في الغسل فيوجبه والاحتياط في كل باب بما يناسبه وقوله بخلاف البهيمة وما دون الفرج متصل بقوله فيقام مقامه اي مقام سبب الانزال مقامه في السبيلين في الادمي بخلاف البهيمة فانه لا يجب فيها الغسل بمجرد الايلاج من غير انزال وبخلاف ما دون الفرج وهذا التفخيذ والتبطين فانه لا يجب فيه الغسل ايضا لقصان السببية اذا لم ينزل

قال والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن واختلف الشارحون في تفسير كلامه فمنهم من حمله على ظاهره وقال نفس الحيض يوجب الغسل لانه في معنى الجنابة من حيث المنع عن الصلوة والقراءة ودخول المسجد ومنهم من حمل على ان معناه انقطاع الحيض يوجب الغسل لانه لا يجب الا عند انقطاعه وقال لانه يلازمه ومنهم من حمل على ان معناه ان الخروج عن الحيض يوجب الغسل لان الحيض ما دام باقيا لا يجب الغسل والخروج عن الحيض يوجد الانفصال فصحت الاستعارة وعزى هذا الى الامام حميد الدين وفي الكل نظر اما في الاول فلان الحيض اسم لدم مخصوص وقد تقدم ان الجوهر لا يصح ان يكون سببا للمعنى واما في الثاني فلان الانقطاع طهر والطهر لا يوجب الاطهار وملازمة بينهما لوجود الحيض قبل الانقطاع ووجود الانقطاع بعده وكان احدهما منفكا عن الاخر فلا ملازمة بينهما على ان قوله لا يجب الا عند انقطاعه يفيد الشرطية لا العلية وكذا الخروج عن الحيض عبارة عن انقطاعه فيرد عليه مثل ما ورد على ذلك ويجوز ان يقال معناه خروج الحيض وهو الدم المخصوص يوجب الغسل لما تقدم ان خروج النجس من بدن الادمي يتناول يوجب تطهير جميع البدن واكتفى بالاعضاء الاربعة فيما اكثر وقوعه دفعا للحرج ووقوع الحيض ليس بكثير فيبقى على الاصل لخروج المني وكان مجازا باطلاق اسم السبب على المسبب وهو من باب واسال القرية اذ لا يلتبس ان نفس الدم لا يوجب شيئا ووجه التمسك بقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد يدل على وجوب الاغتسال اما بالنسبة الى القربان ولانه تعالى منع حرمة القربان الذي كان حلالا الى الاغتسال فينبغي ان ينتهي الحرمة به ويكون مامورا به والا كانت حرمة مؤبدة وفي ذلك نقض لما شرعه بقوله فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله وبقوله فاتوا حرثكم انى شئتم واما بالنسبة الى الصلوة فلان الاغتسال لما صار شرطا لحل القربان بهذه الاية مع ان الطهارة ليست بشرط لحل القربان عما سوى الحيض والنفاس في صورة من الصور فلان يشترط الاغتسال لحل الصلوة والحال انها اشترط لها عن جميع النجاسات الحقيقية والحكمية وانما كان اولى واما النفاس فانما وجب الاغتسال فيه بالاجماع قوله وسن رسول الله صلى الله عليه

الدبر

وسلم ثابتان للغسل المسنون نص يعني القدوري على السنة يعني في هذه الاربعة وقد قيل هذه الاربعة مستحبة
يدل على ذلك تسمية محمد للغسل يوم الجمعة في الاصل حسنا وهو اقوى حيث ذهب الى وجوبه مالك لقوله عليه
السلام من اتى منكم الجمعة فليغتسل رواه ابن عمر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من توضا يوم الجمعة فبها ونعمت
ومن اغتسل فهو افضل رواه سمرة بن جندب وقوله فبها ونعمت اي بالسنة اخذ ونعمت الخصلة هذه اي الاخذ
بالسنة وبهذا اي بهذا الحديث يحمل ما رواه مالك على الاستحباب توفيقا بينهما او على النسخ بدليل ما روي عن
عايشة وابن عباس رضي الله عنهم انهما قالا كان الناس عمال انفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه والمسجد
قريب السمك وكان يتاذى بعضهم برايحة بعض فامروا بالاغتسال ثم انتسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بايديهم
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الحسن فانه يقول غسل يوم الجمعة لليوم اظهارا لفضله قال عليه السلام سيد
الايام يوم الجمعة ومعنى قوله لزيادة فضيلتها انها تؤدي بجمع عظيم ولها من الفضيلة ما ليس لغيرها وسيادة
الايام باعتبار وقوع هذه الصلوة فيه وفايدة الخلاف فيه تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة ثم احدث فتوضا وصلى الجمعة
فانه ليس بمقيم للسنة عند ابي يوسف خلافا للحسن ووقع في بعض الروايات ذكر محمد في موضع الحسن بن زياد والعيد
بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرايحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه
في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضو لقوله صلى الله عليه وسلم كل فحل يمذي
وفيه الوضوء رواه ابو داود باسناد صحيح فان قيل اذا كان الواجب الوضو كان الواجب ان يذكرهما في فصل الوضو
اجيب بانهما يشابهان المني فذكرهما في فصل الغسل والاوجه ان يقال انما ذكره ههنا لان احمد رحمه الله يقول
بوجوب الغسل في رواية فذكرهما ههنا نفيا لما يقوله فان قيل اذا كان حكمه الوضو كان ذكره مستغنى عنه بالكلية
لانه علم من قوله كل ما خرج من السبيلين اجيب بانه ذكره للتاكيد وقيل ذكره مصرحا بالنفي لقول مالك فانه لا يقول
بوجوبهما فان قيل نقض الوضو بالودي غير متصور على التفسير المذكور في الكتاب لانه انما يخرج على اثر البول
وقد وجب الوضو بالبول فلا يجب بالودي بعده اجيب باجوبة منها انه اذا بال فتوضا ثم اودى فانه
يجب عليه الوضو ومنها ان من به سلس البول اذا توضا للبول ثم اودى حال بقاء الوقت تنتقض طهارته ومنها
ان الوضو يجب في الودي لو تصور لا انتقاض به وفيه ضعف والتفسير ما روي عن عايشة رضي الله عنها وانما
اراد ماء الرجل خاصة لان مني المراة ليس خاثرا ولا ابيض وانما هو رقيق اصفر كما جاء في الحديث ولذلك
منه الذكر والتعريف الجامع لمني الرجل والمراة ان يقال ماء دافق يخرج من بين صلب الرجل وترايب المراة

باب الماء الذي يجوز به الوضو

الباب في اللغة النوع وقد يعرف بانه طايفة من المسايل الفقهية اشتمل عليها كتاب ولقب بباب كذا لما
فرغ من بيان الطهارتين ذكر ما يحصل به الطهارة وهو الماء المطلق الطهارة من الاحداث غليظا كان الحدث
او خفيفا جايزة بماء السماء والاودية والعيون والابار وماء البحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا
وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث ووجه التمسك ان الله تعالى ذكر الماء في الاية مطلقا
والمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه لا يقال الاية تدل على ان الماء
المنزل من السماء طهورا وليس غير المطر منزلا من السماء لان الله تعالى قال الم تر ان الله انزل من السماء ماء فسلكه
ينابيع في الارض وقال انزل من السماء ماء فسالت اودية بقدرها وسياتي الكلام على الحديث وذكر الاحداث للتخصيص
لان الطهارة من الخبث ايضا تحصل بهذه المياه لكن لما كان التبويب لما يحصل به الوضو ذكر ذلك ولا يجوز
الاقتصار بالعصر على انها موصولة هكذا المسموع **وقوله** لانه ليس بماء مطلق لانه عند الاطلاق الماء لا ينطلق
عليه وتحقيق ذلك انا لو فرضنا في بيت انسان ماء بير او بحر او عين وما اعتصر من شجر او ثمر فقال لهاتي ماء لا
يسبق الى ذهن المخاطب الا الاول فلا يعني بالمطلق المقيد الاهذا والحكم وهو الطهارة عند فقده اي فقد الماء المطلق

منقول

منقول الى التيمم قال الله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وقوله والوظيفة اي لم يخرج عما يقال له الماء المطلق
المعتصر من الشجر والثمر وان لم يكن ماء مطلقا لانه في معناه في الدلالة فيلحق بالمطلق ووجهه ان الوظيفة
في هذه الاعضاء تنتقل الى غير المنصوص عليه ومعناه ان شرط القياس ان لا يكون الاصل معدولا
به عن القياس وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يتعدى القياس على ان الحاقه بالحقيقة فاما معقول المعنى او موجود
حتى الحاق الاعلى ... كونه معقولا لبس شرط فيها ... ان الحاق بالحاق هذا انه لا يلحق المعتصر به بطريق القياس
بالدلالة فان كونه معقولا ليس بشرط فيها ... والجواب انه اراد بالماء المعتصر ... كلا جانب وتغير في الماء ...
عادة لا يبالي ... وسائر المايعات ... ولم يكن الماء حقيقة قلت فيما لا دلالة
لانه معقول المعنى فان قلت من شرط الدلالة ان يكون الملحق في معنى الاصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل
وجه وليس كذلك ... بخلاف ... في ... النجاسة الحقيقية ... ولكون الماء ... على ...
ذلك قلت انها سيان في ازالة النجاسة الحقيقية مطلقا والاول ... اولا ... في ... في ...
وقوله وفي الكتاب يعني مختصر القدوري وقوله فاخرج عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الباقلا والمرق وماء الورد
كالاشربة في الحروان ادرك بها الاشربة المتخذة من الشجر كشراب الريباس والرمان وغيرها قوله ... ما ...
المعتصر من الشجر والثمر وكان ماء الباقلا والمرق ونظير الماء الذي غلب عليه غيره ... اذا ... الاتحاد ...
فهو مقصور وزاد احمد قيدا ... وماء الزردج ... من العصفر المنقوع وقوله وما تغير بالطبخ
اذا تغير بالطبخ ... بحيث ... وقوله فصار ... من ... ذلك الى الطعم واللون والريح ...
اذا غير الوصفين لا يجوز التوضي به قال في النهاية لكن المنقول من الاساتذة انه يجوز حتى ان اوراق الاشجار
وقت الخريف تقع في الحياض فيتغير ماؤها من حيث الطعم واللون والرايحة ثم انهم يتوضون منها من غير نكير
وكذا المادة في شرح الطحاوي اليه ولكن شرطه ان يكون باقيا على رقته اما اذا غلب عليه غيره وصار به ثخينا
فلا يجوز فان قيل قد تقدم من قول النبي صلى الله عليه وسلم الماء ما غير لونه او طعمه او ريحه وذلك يقتضي عدم
جواز التوضي عند تغير احد الاوصاف اجيب بان معنى قوله عليه السلام لا ينجسه شيء لا ينجسه شيء نجس وكلامنا
في المخالط الطاهر **وقوله** اجري في المختصر ماء الزردج مجرى المرق اي في عدم جواز التوضي به وما والمروي
عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وسنذكر حكمه وقوله هو الصحيح لانه خالطه طاهر فغير احد اوصافه
كماء الزعفران واعلم ان ما ذكر في المختصر كان على الملاقية كما يفهم من ظاهر لفظه كان بين رواية المختصر
والمروي عن ابي يوسف خلاف وان كان المراد به ما اذا كان الماء مغلوبا باجزاء الزردج فلا خلاف بينهما
والامام الناطفي والامام السرخسي اختار المروي عن ابي يوسف وقوله وقال الشافعي ظاهر **وقوله** واما
الى الزعفران كاضافته الى البير يعني انما للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما ان المضاف اذا لم يكن خارجا من
المضاف اليه بالعلاج فالاضافة للتعريف وماء الزعفران وماء البير والعين من هذا القبيل وان كان
خارجا منه فهي للتقييد كماء الورد وغيره مما تقدم في الاعتبار للخلط ويعتبر فيه الغلبة بالاجزاء فان كانت
اجزاء الماء غالبة ويعلم ذلك ببقاء حاله على رقته جاز الوضوء به وان كانت اجزاء المخلوط غالبة بان صار
ثخينا زالت عنه رقته الاصلية لم يجز **وقوله** هو الصحيح يعني لقول محمد فانه يعتبر الغلبة بتغير اللون
والطعم وبيان ذلك ما قيل الطاهر المخالط بالماء اما ان يكون لونه كلون الماء او لا فان كان الثاني كاللبن والزعفران
والعصفر فالعبرة للون فان غلب لون الماء جاز الوضوء به وان غلب لم يجز وان كان الاول كماء البطيخ والاشجار
فالعبرة للطعم على ما ذكرنا وان لم يكن له طعم فالعبرة بكثرة الاجزاء وانما كان الاول صحيحا لان الغلبة بالاجزاء غلبة
حقيقية اذ وجوب الشيء المركب باجزائه فكان اعتبارها اولى وقوله بعد ما خلطه غيره انما قيد به لان الماء
اذا طبخ وحده وتغير به جاز الوضوء به وقوله الا اذا طبخ فيه استثناء من قوله لا يجوز التوضي به وانما جاز بذلك

لان السنة وردت به في غسل الموتى بالماء الذي اغلي بالسدر الا اذا صار غليظا لا يمكن تسييله على الوضوء لزوال اسم الماء عنه قال وكل ما وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به اراد بالماء ما لا يكون جاريا ولا في حكمه وهو الغدير العظيم وحكمه ذلك بعد هذا ووقع في بعض نسخ الهداية قليلا كانت النجاسة او كثيرا وفي بعضها قليلا كان او كثيرا وهو لفظ المختصر وتوجيه الاول ان يقال نسبة فعيلا بمعنى فاعل وفعيلا بمعنى مفعول في حذف علامة التانيث كما في قوله ان رحمة الله قريب من المحسنين وفي قوله قليلا احتراز عن قول مالك فانه لا ينجس الماء عنده اذا لم يظهر لها اثر وقوله كثيرا مستدرك لان قليل النجاسة اذا كان مانعا فالكثير اولى وتوجيه الثانية الماء الراكد قليلا او كثيرا اذا وقعت فيه نجاسة لا يجوز الوضوء به والقليل ما يكفي للوضوء والغسل كذا قيل وقوله قليلا احتراز عن قول مالك وقوله كثيرا احتراز عن قول الشافعي فان مالكا يجوز الوضوء بالقليل وان وقعت فيه نجاسة ما لم يتغير احد اوصافه ويستدل بما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الماء طهور لا ينجسه شيء الحديث والشافعي يجوزه اذا كان الماء قلتين لقوله صلى الله عليه وسلم اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا فاضطربت اقوالهم في مقدار القلة فقيل القلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا وقيل ثلثمائة من تقريبا لا تحديدا وقيل القلة جرة تحمل من اليمن تسع فيها قربتان وشيء ولنا حديث المستيقظ من منامه وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا ووجه التمسك به انه لما ورد النهي عن الغمس لاجل احتمال النجاسة فتحقيقة النجاسة اولى ان يكون نجسا وقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه رواه ابو هريرة وهو حجة على الفريقين اما على مالك فلانه نهى عن الاغتسال وانه لا يغير احد اوصاف الماء بيقين واما على الشافعي فلانه نهى عن البول في الماء الدائم ومقتضى النهي يقتضي التحريم لا سيما على مذهبه ولو لم يكن منجسا كان لسلب الماء فيه وانه ليس بحرام ولم يفصل بين دائم ودائم وكان القلتان وغيرهما سواء لا يقال يجوز ان يكون النهي للتنزيه لان تاكيده وتقييده بالدائم ينافيه فان الماء الجاري يشاركه في ذلك المعنى فان البول كما انه ليس بحرام في الماء الدائم فكذلك في الجاري فلا يكون للتقييد فائدة وكلام الشارع مصون عن ذلك فان قيل الاستدلال باطلاق الحديث حجة عليكم لان الغدير العظيم ماء دائم وقد خرج عن اطلاقه اجيب بانه في حكم الجاري في عدم اختلاط بعضه ببعض قوله والذي رواه مالك رواه عن حديث مالك بانه ورد في بئر بضاعة وهي بئر قديمة بالمدينة يلقى فيها الجيف ومحائض النساء فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم حين توضأ منها فقال الماء طهور الحديث وقد كان ماؤها جاريا في البساتين يسقى منه خمس بساتين فكيف اختص ببئر بضاعة مع وجود دليل العموم فيه وهو الالف واللام اجيب بانه ليس من باب الخصوص بشيء وانما هو من باب الحمل للتوفيق فان الحديثين اذا تعارضا وعمل بانجهما حمل كل منهما وردا معا بعد ذلك ان امكن العمل بهما بحمل كل منهما على محل حمل وان لم يمكن يطلب الترجيح وان لم يمكن تهاترا وههنا امكن العمل بان يحمل الحديث على بئر بضاعة وحديث المستيقظ وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم للحديث على غيرها فعلنا لذلك دفعا للتنافي فان قيل المصنف استدل في اول الباب بهذا الحديث على طهورية الماء المذكور هناك وحمله ههنا على بئر بضاعة فان كان اللام في قوله الماء للجنس صح الاستدلال به وبطل الحمل وان كان للعهد صح الحمل وبطل الاستدلال اجاب العلامة علاء الدين عبد العزيز بما معناه انه للجنس والاستدلال به صحيح والحمل ليس بباطل صحيح لان الحديث مشتمل على قضيتين احدهما الماء طهور والثانية لا ينجسه شيء والاستدلال بالاولى لا يفتقر المقصود من غير افتقار الى الثانية والحمل للثانية ورد بان الضمير في لا ينجسه راجع الى ما دخل عليه اللام وكان المراد به الجنس فكيف يصح حمله على قضيتين واجاب بان اللفظ اذا احتمل معنيين واريد به احدهما ثم اريد بضميره الآخر جاز وسمي ذلك استخداما كما في قول الشاعر

اذا نزل السماء بارض قوم ۝ رعيناه وان كانوا غضابا

وهو كلام

وهو كلام حسن من باب قوله عليه السلام هو الطهور ماؤه والحل ميتته في كونه جوابا زائدا على مقدار الحاجة فان الحاجة كانت في دفع النجاسة عن بئر بضاعة وكان ذلك يحصل بقوله لا ينجسه شيء الا انه زاد على قوله الماء طهور ويكون تقدير الكلام هذه الحقيقة من شأنها الطهارة وماء بئر بضاعة لا ينجسه شيء الا ما غير لونه الى اخره لكونه جاريا ولا يلزم ان يكون الماء البالغ قلتين طاهرا اذا وقعت فيه نجاسة لوجود الدليل على نجاسته وهو حديث المستيقظ وقوله ولا يبولن احدكم الحديث وقوله ما رواه الشافعي يريد به حديث القلتين ضعفه ابو داود معناه لا يصح التعلق بهذا الحديث لان في اسناده ضعفا ضعفه ابو داود سليمان بن الاشعث السجستاني قال حديث القلتين مما لا يثبت وهكذا قال ابن المديني استاذ محمد بن اسمعيل البخاري وقال الشافعي في كتابه بالمعنى باسناد لا يحضرني من ذكره ومثل هذا دون المرسل وفي متنه اضطراب فانه قال في بعض الروايات اذا بلغ الماء قلتين او ثلثا وفي بعضها اربعين قلة هكذا رواه جابر واخذ به ابراهيم النخعي والقلة في نفسها ما يقله مجهولة لانها تذكر ويراد بها قامة الرجل وتذكر ويراد بها راس الجبل وتذكر ويراد بها الجرة والتعيين بقلال هجر لا يثبت بقول جريج لان جريجا ممن لا يقلد فبقي محتملا ولذلك قوله لم يحمل خبثا محتمل لما قال الشافعي اي لا يقبل النجاسة وبان يقال ويحتمل اذا قل الماء حتى انتهى الى القلتين فانه يضعف عن احتمال الخبث فيتنجس واذا كان كذلك لم يكن التمسك به صحيحا قال والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة اختلف الناس في تعريف الماء الجاري فمنهم من قال هو ما لا يتكرر استعماله وذلك بانه اذا اغترف بيده وسال الماء منها الى النهر فاذا اخذ ثانيا لا يكون فيه شيء من الماء الاول وقيل ما يذهب بتبنة وقيل هو ما اذا كان بحيث لو وضع رجل يده في الماء عرضا لم ينقطع جريانه وقيل والاصح ما يعده الناس جاريا وحكمه ما ذكره في الكتاب وهو طاهر وقوله اذا لم ير لها اثر اي لم يبصر لها اثر اشارة الى ان النجاسة لو كانت مرئية لا يتوضأ من جانب الوقوع قال في المحيط اذا وقعت النجاسة في الماء الجاري فان كانت غير مرئية كالبول لا ينجس ما لم يتغير طعمه او لونه او ريحه وان كانت مرئية كالجيفة والعذرة فان كان النهر كبيرا لا يتوضأ من اسفل الجانب الذي فيه ويتوضأ من جانب آخر وان كان صغيرا فان لاقاها اكثر الماء فهو نجس وان كان اقل فهو طاهر وان كان النصف جاز الوضوء به في الحكم والاحوط ان لا يتوضأ قوله والغدير العظيم الغدير فعيل بمعنى مفعول من غدر اي ترك وهو الذي تركه ماء السيل وقيل بمعنى فاعل اي مغادر وقيل بمعنى فاعل لانه يغدر باهله لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه واعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان الماء اذا اختلط بعضه اي وصل الى بعض كان قليلا واذا لم يختلط كان كثيرا لا ينجس بوقوع النجاسة فيه الا ان يتغير لونه او طعمه او ريحه كالماء الجاري ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب المتقدمون الى انه يعرف بالتحريك فانه اذا حرك طرف منه ولم يتحرك الجانب الاخر فهو مما لا يخلص بعضه ببعض والمراد بالتحرك هو التحرك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه لا بعد المكث ولا معتبر بالحباب فان الماء وان كثر يعلوه ويتحرك ثم اختلف هؤلاء في سبب التحريك فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو ان يغتسل انسان في جانب منه اغتسالا وسطا ولم يتحرك الاخر وبه اخذ ابو يوسف وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك باليد لا غير وروي عن محمد انه يعتبر التحريك بالتوضي ووجه القول الاول ما ذكره في الكتاب ان الحاجة الى الاغتسال في الحياض اشد من الحاجة الى التوضي لان الوضوء يكون في البيوت عادة ووجه الثاني ان التحريك يكون بالاغتسال وبالتوضي وبغسل اليد الا ان التحريك بغسل اليد اخف وكان الاعتبار به اولى توسعة على الناس ووجه الثالث ان مبنى الماء في حكم النجاسة على الخفة فان القياس ان يتنجس وان كثر الماء الا انه اسقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر التحريك الوسط وهو التحريك بالوضوء وذهب المتاخرون الى انه يعرف بشيء آخر غير التحريك فمنهم من اعتبر بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه وتكدر الماء فان وصلت الكدرة الى الجانب الاخر فهو مما يخلص والا فلا وروي عن ابي حفص

الكبير انه اعتبر بالصبغ فقال يلقى زعفران في جانب منه فان اثر الزعفران في الجانب الاخر كان مما يخلص والا فلا وروي
عن ابي سليمان الجوزجاني انه بالمساحة ان كان عشرا في عشر فهو مما لا يخلص وعن محمد في النوادر انه سئل عن هذه المسألة
فقال ان كان مثل مسجدي هذا فهو مما لا يخلص بعضه الى بعض فلما قام مسح مسجده فكان ثمانيا في ثمان في رواية وعشرا
في عشر في رواية وبقول ابي سليمان الجوزجاني اخذ عامة المشايخ في الفاظ الكتب قد اختلفت في تعيين الذراع
فجعل [illegible] في فتاوى قاضيخان ذراع المساحة وهي سبع مشتات فوق كل مشت اصبع قائمة والمصنف اختار للفتوى
ذراع الكرباس وهي سبع مشتات ليس فوق كل مشت اصبع قائمة توسعة الامر على الناس والمعتبر في العمق ان يكون بحال
لا ينحسر بالاغتراف وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان المعتبر فيه ان يكون ذراعا وقول آخرين ان يكون قدر
شبر وفي الكتاب يعني مختصر القدوري وقوله اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع لم يفرق بين كونها مرئية
وغير مرئية وهو المحكي عن مشايخ العراق ومشايخ بخارى وبلخ فرقوا بينهما فقالوا في غير المرئية يتوضأ من الجانب
الذي وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية وعن ابي يوسف انه لا ينجس الا بظهور اثرها فيه اي في موضع الوقوع كالماء
الجاري وعلى هذا اذا اغتسل جنب في حوض كبير فسقط غسالة وجهه في الماء فرفع الماء من موضع الوقوع قبل
التحريك لا يجوز عند العراقيين وجوزه مشايخ بخارا وبلخ توسعة على الناس لعموم البلوى به **قال** وموت
ما ليس له نفس سائلة ° اذا مات ما ليس له دم سائل كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها في الماء
لم ينجسه وانما جمع الزنابير دون غيرها لانها انواع شتى وقال الشافعي يفسده لانه حرام لقوله تعالى حرمت
عليكم الميتة والتحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة قوله لا بطريق الكرامة احتراز عن الآدمي فان قيل دود
الخل وسوس الثمار اذا ماتت فيهما ميتة فلا ينجس الخل والثمار واجاب بقوله لان فيه ضرورة ولنا ما روى ابو
بكر الرازي باسناده الى سعيد بن المسيب عن سلمان انه صلى الله عليه وسلم قال فيه اي في مثل هذه الحادثة فانه سئل
عليه السلام عن اناء فيه طعام او شراب يموت فيه ما ليس له دم سائل فقال هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه
ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدامه فيه ولا دم في هذه الاشياء اذ
الغرض كذلك فلا ينجس ههنا فان قيل لا نسلم ان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح فان ذبيحة المجوسي ليس فيها
دم مسفوح وهي نجسة وذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم بان اكلت ورق العناب حلال مع ان الدم لم
يسل فالجواب ان القياس في ذبيحة المجوسي الطهارة كذبيحة المسلم الا ان صاحب الشرع اخرجه عن اهلية الذبح بقوله
صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم فجعل الشرع ذبحه كلا ذبح وكما جعل
ذلك كذلك جعل ذبيحة المسلم اذا لم يسل منها الدم كذبيحة اذا سال اقامة لاهلية الذابح واستعمال آلة الذبح
مقام الاسالة لاتيانه بما هو المأمور به اذ ليس تحت قدرته ولا معتبر بالعوارض لانها لا تدخل تحت القواعد الاصلية
وانما قيد بقوله عند الموت لانه اذا كان حيا لا ينجس ولهذا قلنا المصلي اذا استصحب فارة او عصفورة حية لم
تفسد صلوته ولو كانت نجسة لفسدت ولو ماتت خنقت انفسها فاستصحبها فسدت وهذا لان الدم
في الحي في معدنه وبالموت ينصب عن مجاريه فينجس اللحم بتشربه اياه ولهذا لو قطعت العروق بعده لم يسل منه
الدم وقوله والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة جواب عن استدلال الشافعي فان الطين حرام لا لكرامته
وليس بنجس **قال** وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده ° ما يعيش في الماء يعني ما يكون توالده ومثواه فيه
اذا مات في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان قيل انما قال في المسألة الاولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده
لان الموت في المسألة الاولى في غير معدنه فيتوهم التنجس فنفاه وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجيسه
بواسطة الضرورة لكن احتمل تغير صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده الا ان الحكم لما لم يتعين من قوله لان التحريم
لا بطريق الكرامة آية النجاسة قيل في هذا التعليل اشكال وهو ان الضفدع والسرطان يجوز اكلهما عند الشافعي
على ما روي عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي والجواب ان المذكور في كتاب الذبائح عن الشافعي انه اطلق ذلك

كله

كله فيجوز ان يكون هذه رواية اخرى عنه فيكون الالزام عليها ولنا انه مات في معدنه وهو ظاهر وكلما مات
في معدنه كان بمنزلة في معدنه وكل ما كان بمنزلة في معدنه لا يعطى حكم النجاسة كبيضة حال محها دما اي تغير صفرتها
دما حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة تجوز الصلوة معها لان النجاسة في معدنها بخلاف ما اذا صلى وفي كمه
قارورة وفيها دم لا تجوز صلاته لان النجاسة ليست في معدنها قيل هذا التعليل يقتضي ان لا يعطى للوحوش
والطيور حكم النجاسة اذا ماتت في البر لانه معدنها والذي يظهر من كلامهم انهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا
فانهم يمثلون بالدم في العروق والمح في البيضة واشباههما وليس البر كذلك وقوله ولانه لا دم فيها اي في
هذه الحيوانات لان الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس كما تقدم واذا ماتت في غير الماء كالخل والعصير والحليب
ونحوها قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وهو قول نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وهو رواية عن ابي يوسف
وقيل لا يفسده وهو قول محمد بن مقاتل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهشام عن محمد لعدم الدم وهو الاصح
لاطراده قيل في كل واحد من التعليلين نظر اما في الاول فلان التعليل بالعدم على وجود التي لا يجوز واما في
الثاني فلان انتفاء العلة لا يستلزم انتفاء المعلول لجواز ان يثبت بعلة اخرى والجواب عن الاول انه ليس بتعليل
بل هو بيان انتفاء المانع فانا قد ذكرنا ان النجاسة لا يعطى حكم النجاسة في معدنها وكان المعدن مانعا عن ثبوت
الحكم عليها وعن الثاني ان العلة الشخصية يستلزم انتفاؤها انتفاء الحكم وههنا كذلك لان كونه دما
مسفوحا هو المنجس لا غير والضفدع البري والبحري فيه سواء وانما يعرف البحري من البري بان البحري ما يكون
بين اصابعه سترة وقيل البري يفسد لوجود العلة وهو الدم وانتفاء المانع وهو المعدن وقوله ما
يعيش في الماء بيان ان المراد بما يعيش في الماء ما كان توالده ومثواه فيه كما ذكرناه في اول البحث المائي دون المائي
المولد كالبط والاوز ونحوهما مفسد ° **قال** والماء المستعمل لا يجوز استعماله في طهارة الاحداث
قدم الكلام في حكم الماء المستعمل لانه هو المقصود وقيد بقوله في طهارة الاحداث اشارة الى انه يجوز
استعماله في طهارة الانجاس فيما روى محمد عن ابي حنيفة وهو الموافق لمذهبه فان ازالة النجاسة العينية
بسائر المائعات يجوز عنده وقوله خلافا لمالك والشافعي للشافعي في الماء المستعمل ثلاثة اقوال اظهرها
كقول محمد وفي قول له طاهر وطهور كقول مالك وفي آخر ان كان المستعمل محدثا فهو طاهر غير طهور
وان كان متوضيا فهو طاهر وطهور وهو قولهما اي مالك والشافعي يقولان ان الطهور ما يطهر
مرة بعد اخرى كالقطوع ولا يكون كذلك الا اذا لم يتنجس بالاستعمال والجواب انه المحكي عن ثعلب ورد
عليه بان هذا ان كان لزيادة بيان لنهايته في الطهارة كان سديدا ويعضده قوله تعالى وينزل
عليكم من السماء ماء ليطهركم به والا فليس فعول من التفعيل في شيء واذا كان بيانا للنهاية فيها لا يستدل
به على تطهير الغير فضلا عن التكرار فيه وقوله وقول زفر لان الاعضاء طاهرة حقيقة معناه ان اعضاء
الوضوء طاهرة حقيقة نجسة حكما فالماء المستعمل فيها بالنظر الى الاول طاهر وبالنظر الى الثاني نجس والعمل
باحدهما ابطال للاخر واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة
عملا بالشبهين وقول محمد وهو انه طاهر غير طهور رواية عن ابي حنيفة وهو المختار للفتوى لعموم البلوى
وقوله لان ملاقاة الطاهر وهو الماء الطاهر وهو العضو المغسول لانه طاهر حقيقة لا يوجب التنجيس
كما لو غسل به ثوب طاهر الا انه اذا اقيمت به قربة وقد تغيرت صفته فلم يبق طهورا وقد صح ان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم بادروا الى وضوئه يتمسحون به وجوههم ولو كان نجسا لمنعهم كما منع ابا طيبة الحجام
عن شرب دمه ووجه الاستدلال لابي حنيفة وابي يوسف بقوله صلى الله عليه وسلم لا يبولن احدكم
في الماء الدائم الحديث انه عليه السلام كما نهى عن النجاسة الحقيقية وهو البول فكذلك نهى عن الحكمية وهو الاغتسال
فدل على ان الاغتسال فيه كالبول فيه ولانه ماء اي ولان الماء المستعمل ما ازيل به احد المانعين من جواز

الصلوة وهو النجس الحكمي بعينه قياسا على ما أزيل به المانع الآخر منه وهو النجس الحقيقي ولقائل أن يقول المتوضي
قبل استعمال الماء موصوف بكونه محدثا فاذا استعمله فلا يخلو اما أن تحول هذه الصفة منه الى الماء أو لا لا سبيل
الى الاول لان الاعراض لا تقبل الانتقال من محل الى محل باتفاق العقلاء فتعين الثاني وحينئذ لا وجه للحكم
بنجاسة الماء والجواب أن كلامنا ليس في المتوضي وصفته وانما هو في اعضاء الوضوء متصفة بالنجاسة حكما
وقد زالت شرعا بالوضوء الذي اقيمت به قربة وقد اقمنا الدليل آنفا على ان لاقامتها تاثيرا في تغيير ما اقيمت
به فصار الماء به خبيثا شرعا كمال الصدقة ولا نعني بصيرورة الماء نجسا الا اتصافه بالخبث شرعا والانتقال
على الاعراض الحقيقية لا يجوز واما الامور الاعتبارية الحكمية في ذلك فيجوز أن يعتبر قائمة بمحل بعد قطع الاعتبار
عن قيامها بمحل آخر الا ترى أن الملك للبائع أمر اعتباري حكمي وبعد أن قال بعت وقبل المشتري انتقل الملك
من البائع اليه ونعم ما ثبت نجاسته اختلفت الرواية في غلظها وخفتها فروى الحسن عن ابي حنيفة انه نجس نجاسة
غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية فيقدر بالدرهم وروى أبو يوسف عنه وهو قوله انه نجس نجاسة
خفيفة لمكان الاختلاف فان اختلاف العلماء يورث التخفيف كما يجي وقوله والماء المستعمل بيان لحقيقته وكان حقه
التقديم ولكن قدم الحكم لما ذكرنا آنفا ولانه المقصود وبيان السبب فصار من الوسائل فلم يجب تقديمه ثم سبب كون
الماء مستعملا عند ابي يوسف هو ازالة الحدث أو قصد القربة وعند محمد قصد القربة فقط وعند زفر والشافعي
ازالة الحدث لا غير فلو توضا محدث بنية القربة صار الماء مستعملا بالاجماع ولو توضا رجل متوضي للتبرد لا
يصير مستعملا بالاجماع ولو توضا المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما وعند زفر خلافا لمحمد لعدم قصد القربة
وعند الشافعي لعدم ازالة الحدث عنده بلا نية ولو توضا المتوضي بقصد القربة صار مستعملا عند الثلاثة
خلافا لزفر والشافعي استدل لمحمد بقوله لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه اي الى الماء المستعمل كما قررنا
وانتقالها بازالتها عن محلها وازالتها بالقرب كما في مال الصدقة وابو يوسف يقول اسقاط الفرض ايضا موثر
لان التغير عندهما انما يكون بزوال النجاسة حكمية كما تقدم من اعتبارها بالنجاسة الحقيقية فيثبت فساد الماء بالامرين
جميعا وقوله ومتى يصير مستعملا بيان لوقت ثبوت حكم الاستعمال وقد اتفق علماؤنا على ان الماء ما دام مترددا
في العضو ليس له حكم الاستعمال فاذا زايل العضو والكاف هنا صحح ولم يستقر في مكان او اناء اختلفوا فيه
فقال سفيان الثوري وابراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار الطحاوي انه لا يصير مستعملا وذهب اصحابنا
الى انه كما زايل العضو صار مستعملا حتى لو اصاب ثوبه نجس وقالوا ان من نسي مسح راسه فاخذ من لحيته ما يمسح
به راسه لا يجوز واشار المصنف وقال الصحيح انه كما زايل العضو والكاف هذه تسمى كاف المفاجاة كما تقول كما خرجت
من البيت رايت زيدا اي فاجات رويته زيدا ومعناه يصير الماء مفاجيا وقت زواله عن العضو وقت الاستعمال
من غير توقف الى وقت الاستقرار في مكان وهو اشارة الى الزمان فلو كان مجازا اعتقلنا لان سقوط حكم
الاستعمال الظاهر واورد بان فيه حرجا فكان ضرورة وقيل في جوابه حكم الاستعمال مسقط في المنديل والثياب
والثياب للحرج وهو مناقض لاصل المذهب ولعل الحاصل ان يقال يثبت حكم الاستعمال عند المزايلة عن العضو
في الجميع ولا حرج فيه اذ المختار من الاقوال للفتوى انه طاهر غير طهور قال والجنب اذا انغمس في
البير جنب ليس على بدنه نجاسة انغمس لطلب الدلو ولم يتطهر ولم ينجس الماء عند ابي يوسف وطهر الرجل ولم ينجس
الماء عند محمد ولم يطهر ونجس الماء عند ابي حنيفة وقيد بقوله لطلب الدلو لانه لو انغمس للاغتسال للصلوة
فسد الماء عند الكل لابي يوسف في بقاء الرجل نجسا ان الصب عنده شرط لان القياس لا يقتضي الطهر بالغسل بنجس
الماء او للملاقاة وانما حصل ضرورة خروج المكلف عن الامر بالتطهير والماء الجاري اقرب الى ذلك لعدم استقراره
والصب بمنزلته فيشترط تحصيلا للمامور به بقدر الامكان وهذا الشرط لم يوجد فيما نحن فيه وانتفاؤه
يستلزم انتفاء المشروط وفي بقاء الماء طاهرا ان سبب استعماله احد الامرين اسقاط الفرض ونية القربة

كما

كما تقدم ولا سبب له غيرهما وقد انتفيا جميعا فينتفي الحكم فان قيل انتفاء اسقاط الفرض ممنوع فانه يسقط عنه
وان لم ينو فقد سقط وبه يصير الماء مستعملا لكونه احد الامرين اجيب بانه ترك اصله في هذه المسألة ضرورة
الحاجة الى طلب الدلو فلو سقط الفرض تنجس وفسد البير وفيه ضرر لا يخفى ولمحمد في طهارة الرجل عدم اشتراط
الصب فانه اذا لم يكن شرطا لا يستلزم انتفاؤه انتفاء الحكم وفي طهارة الماء عدم نية التقرب فان السبب
عنده ليس الا اقامة القربة بالنية ولم يوجد وكان هذا السبب متعينا كالسبب في ولد الغصب فينتفي الحكم
بانتفائه ولابي حنيفة في نجاسة الماء اسقاط الفرض وفي بقاء الرجل نجسا بقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل
عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل لان النية لما لم يشترط لسقوط الفرض عنده سقط الفرض
بالانغماس وصار الماء مستعملا والرجل متلبس به فيتنجس بنجاسته وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى حكم
الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه لكونه اكثر مناسبة لاصله فعلى الاول قالوا لا يجوز له
الصلوة ولا قراءة القرآن وعلى الثاني يجوز له القراءة دون الصلوة وعلى الثالث يجوز كلاهما وانما قدم قول
ابي يوسف ولم يوسطه كما هو حقه لزيادة احتياجه الى البيان بسبب تركه كما بينا قال وكل اهاب
دبغ فقد طهر يتعلق بدباغ الاهاب ثلث مسائل طهارته وهي تتعلق بكتاب الصيد والصلوة فيه والوضوء
منه بان يجعل قربة وبه يتعلق بهذا الباب وانما قال والصلوة فيه بان يجعل ثوبا ولم يقل عليه بان يجعل مصلى
وان كان الحكم فيهما واحدا لان البيان في الثوب بيان في المصلى لزيادة الاشتمال ولانه منصوص عليه
بقوله تعالى وثيابك فطهر وطهارة المكان ملحقة به بالدلالة وانما ذكر الحكمين الاخيرين وان كان يفهم ذلك
من الاول احترازا عن قول مالك فانه يقول يطهر ظاهره دون باطنه فيصلى عليه لا فيه وانما قدم الخنزير على
الادمي لان الموضع موضع اهانة لكونه في بيان النجاسة وتاخير الادمي في ذلك اولى واستدل على الطهارة
دون الاخرى لان ثبوتها يستلزم ثبوتهما بقوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه لكونه
نكرة اتصفت بصفة عامة حجة على مالك في جلد الميتة فانه يقول بانه لا يطهر لكنه ينتفع به في الجامد من الاشياء
دون المائع فيجعل جرابا للحبوب دون السمن والخل وغيرهما فان قيل جلد الخنزير والادمي خارج عن عمومه فيجوز ان
يخص منه جلد الميتة بالقياس عليه او بقوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب اجيب بانه قياس فيه ابطال
النص وهو قوله عليه السلام ايما اهاب دبغ الحديث وتحقيقه ان الجلد الطاهر ليس مما نحن فيه بالاتفاق
وجلد الادمي والخنزير خارجان على ما نذكره فلو خرج جلد الميتة ايضا لزم ابطال النص بالقياس وذلك باطل
والنهي عن الانتفاع باهاب وهو اسم الجلد غير مدبوغ كذا قاله الخليل والاصمعي وليس ذلك داخلا في عموم قوله
اهاب دبغ ليجوز تخصيصه ولا تعارض بينهما لاختلاف المحل وقوله وحجة الشافعي عطف على قوله حجة على مالك
فان الشافعي يقول بعدم طهارة جلد الكلب بالدباغ وتخصيص الكلب موافق لما ذكر في الاسرار وذكر في المبسوط
ان كل ما لا يوكل لحمه لا يطهر جلده بالدباغ عند الشافعي قياسا على جلد الخنزير والادمي وعلى هذا لا فائدة في
تخصيصه قال وليس الكلب بنجس العين جواب عن قياس الشافعي الكلب على الخنزير وان لم يذكر في الكتاب
واختلفت الروايات في كون الكلب نجس العين فمنهم من ذهب الى ذلك قال شمس الائمة في مبسوطه والصحيح من المذهب
عندنا ان عين الكلب نجس اليه يشير محمد في الكتاب في قوله وليس الميت بانجس من الكلب والخنزير وقيل والاصح انه
ليس بنجس العين لانه ينتفع به حراسة واصطيادا ولو كان نجس العين لما كان كذلك ولا يشكل بالسرقين فانه نجس لا محالة
وينتفع به ايقادا او غيره لانه انتفاع بالاهلاك وهو جائز كالذي يؤمن الخمر للاراقة وهو مختار المصنف وقوله
بخلاف الخنزير متصل بقوله الا جلد الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه
لقربه فان قيل المقصود بالذكر في الكلام هو المضاف فيجب ان يرجع اليه الضمير اجيب بان المضاف اليه قد يكون
مقصودا مثل ان يقول مثلا انت زيد فانه يجوز ان يقال وجزيته على الاشتغال فيكون الضمير راجعا الى

المضاف لانه المقصود ويجوز ان يقال فاخبرته بان ابنك هذا فاضل فيكون راجعا الى المضاف كقوله تعالى والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه فان الضمير يجوز ان يرجع الى كل من المضاف والمضاف اليه ورجوعه الى المضاف اليه فيما نحن فيه اولى لكونه اشمل للاجزاء واحوط في العمل لان الضمير ان رجع الى اللحم لم يحرم غيره وان رجع اليه حرم فتغير الحكم دائر بين ان يحرم وان لا يحرم فيحرم احتياطا وذلك برجوع الضمير الى المضاف اليه وقوله وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي متعلق بقوله والادمي ومعنى كلامه خلاف جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدباغ لنجاسة عينه وجلد الادمي لكرامته لئلا يتجاسر الناس على من كرمه الله بابتذال اجزائه فخرجا عما رويناه يعني من قوله صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ الحديث فان قلت ما وجه خروجهما عن المروي اهو تخصيص فيحتاج الى مخصص مقارن على ما هو المذهب ام نسخ فيحتاج الى ناسخ متاخر قلت عدم طهارتهما ثابت بالكتاب فان كان متاخرا عن الحديث فهو ناسخ لا محالة وان كان متقدما فما عليه من التاكيد لتقرره في الشرع وخبر الواحد لا يعارضه فضلا ان ينسخه وان كان مقارنا كان مخصصا والخروج عن حكم الحديث ثابت في الجميع فصح قوله فخرجا وقوله ثم ما يمنع النتن والفساد بيان لما يندفع به ذكره باستطراد ذكر الدباغة قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شيء يمنع الجلد من الفساد فهو دباغ فقلنا وذلك للتشمير والتتريب لان المقصود وهو منع الفساد بازالة الرطوبات النجسة يحصل بذلك فلا معنى لاشتراط غيره من قرظ او عفص او شث او نحوها كما شرطه الشافعي وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكوة يعني الذكوة حاصلة من الاهل بالتسمية فان ذكوة المجوسي لا تطهر وذكر الضمير في لانه لان الذكوة بمعنى الذبح وانما تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة لانه يمنع من اتصالها به والدباغ يزيل بعد الاتصال فهو اذا لم يكن مطهرا كانت الذكوة المانعة من الاتصال اولى ان تكون مطهرة وقوله وكذا يطهر لحمه اي لحم ما ذبح حتى اذا صلى ومعه من لحم الثعلب المذبوح او نحوه اكثر من قدر الدرهم جازت وقوله هو الصحيح احتراز عما قال في الاسرار وغيره انه نجس لان الحرمة فيما يصلح للاكل لا لكرامته دليل النجاسة ولزم طهارة الجلد مع اتصال اللحم به واجابوا بان بين اللحم والجلد جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد الغليظ فلا ينجس والذي اختاره المصنف وصححه هو المنقول عن الكرخي وصححه صاحب التحفة وذلك لان الجلد طاهر باتفاق اصحابنا واللحم متصل به فكيف يكون نجسا ولا فائدة في الطاهر متنجسة فكيف بالاتصال الذي لا يزول الا بالسكين وما قيل من الجلدة الرقيقة وعلى تقدير تحققه فاما ان يكون طاهرة او نجسة ولا نجس عند الشيخ بين الجلد واللحم امر ثالث لا محالة فهي اما متصلة باللحم او الجلد فان كانت متصلة باللحم فلم يتصور ان يكون طاهرة واللحم نجس فيكون نجسة والجلد الغليظ متصل به اتصالا فلا يكون طاهرا لكن الفرض انه طاهر وان كانت متصلة بالجلد فليس يتصور ان تكون نجسة والجلد طاهر فيكون طاهرة واللحم متصل به اتصالا فكيف يكون نجسا وذلك واضح لا يخفى على المتامل فهذا هو الذي حمل المصنف على تصحيح رواية طهارة اللحم والجواب عن قولهم ان الحرمة فيما يصلح للاكل لا لكرامته دليل النجاسة انه مسلم ولكن علة النجاسة هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت كما تقدم وهي علة متعينة قد انتفت ههنا بالذبح فينتفي كما قلنا في دليل المعقول

وقوله وشعر الميتة وعظمها وعصبها طاهر ذكره باعتبار انه اذا وقع في الماء هل يجوز به الوضوء او لا عندنا يجوز به الوضوء لكونها طاهرة وقال الشافعي نجس لانه اي كل واحد منها من اجزاء الميتة والميتة نجس بجميع اجزائها قلنا لا نسلم ان كل جزء من الميتة نجس بل النجس منه ما كان فيه حيوة زالت بالموت وهذه الاشياء لا حيوة فيها حتى لو نتفها لم يتالم الحيوان فان قطع قرن البقرة لا يولمها وجز صوف الغنم كذلك فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحيوة وهذا يشير الى ان بين الحيوة والموت تقابل العدم والملكة وقال بعض المتكلمين هما صفتان وجوديتان لقوله تعالى خلق الموت والحيوة والمخلوق لا يكون عدما واجيب بان المراد بالخلق التقدير والعدم مقدر ولا يبعد ما ذكر من الدليل استدلال في مقابلة النص لان الله تعالى قال من يحيي العظام

وهي رميم

وهي رميم ولا خفاء في دلالته على ان في العظم حيوة لان المراد به من يحيي صاحب العظام وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه مع امكان الانتفاع به وكان نجسا قلنا ان حرمة الانتفاع به والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق شعره وقسمه بين اصحابه وذلك دليل طهارته

فصل في البئر

لما ذكر حكم الماء القليل بانه ينجس كله عنده بوقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ورد عليه ماء البئر نقضا فانه لا ينزح كله في بعض الصور فذكر ماء البئر في فصل على حدة بيانا لوجه المخالفة

قوله واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت قيل نزحت البئر اي ماؤها بحذف المضاف لعدم الامكان لما ان نزح عينها ممكن وبنزح النجاسة لا يتم جواب المسئلة فتعين ما قلناه والتانيث باعتبار الاسناد الظاهري ولان قوله وكان نزح ما فيها دليل على ما قلنا فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر كذا في النهاية وفيه نظر لانه حينئذ لم يكن لاخراج النجاسة ذكر ولا تطهر البئر الا باخراجها وعن هذا ذهب بعض الشارحين الى ان ضمير نزحت للنجاسة وجواب اذا هو المجموع من قوله نزحت الى قوله طهارة لها ويكون تقديره نزحت النجاسة وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها واورد ان التركيب الجزاء على هذا التقدير انه يقال نزحت النجاسة وكذا الماء وكان نزح ما فيها الى اخره ولو جعلنا نزحت في الحقيقة مسندا الى ما حتى يعود المعنى نزحت ما في البئر ليتناول النجاسة والماء جميعا وكان من باب جرى النهر اندفع ذلك كله وقوله وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها اشارة الى انه يطهر بمجرد النزح من غير توقف على غسل الاحجار ونقل الاوحال والمراد بالسلف الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم ومسائل البئر مبنية على اتباع الاثار دون القياس فان القياس احد الامرين اما ان يطم البئر طما لتنجس الاوحال والجدران واما ان لا تنجس ابدا اذ ينبع الماء من اسفله لكونه كالماء الجاري قال محمد اتفق رايي وراي ابي يوسف ان ماء البئر في حكم الماء الجاري الا انا تركنا القياس واتبعنا الاثار

وقوله فان وقعت اشارة الى ما يجب نزحه من الماء بحسب ما يقع فيها من النجاسة وقوله وجه الاستحسان وهو الضرورة على ما ذكره ولا فرق على هذا الوجه بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر وروث الفرس والحمار وخثى البقر والجاموس وبعر الابل والغنم لشمولها الضرورة المذكورة في الكتاب لكن يفرق بين ابار الامصار والفلوات فان ابار الامصار لها رؤوس حاجزة والوجه الاخر ان البعرة شيء صلب وعلى ظاهرها رطوبة الامعاء لا يتداخل الماء في اجزائها وعلى هذا لا يفرق بين ابار الامصار والفلوات ويفرق بين الصحيح والمنكسر وروث الفرس والحمار فان المنكسر يتداخله اجزاء النجاسة فيفسد والبعر والروث والخثى لان الروث والخثى لا صلابة لهما فيتداخل الماء في اجزائهما فينجس الماء واذا عرفت هذا فاعلم ان اختلاف اقوال المشايخ في جعل الكل غير مفسد وجعل بعضه مفسدا دون بعض مرجعه الى وجهي الاستحسان وقوله ولا ضرورة في الكثير هو ايضا على الوجه الاول واما الوجه الثاني فيقتضي عدم التفرقة بين القليل والكثير لان الصلابة والاستمساك في الجميع موجود وقوله وهو ما يستكثره الناظر اشارة الى ما هو المختار عنده في حد الكثرة فان منهم من قال الكثير هو ان يغطي ربع وجه الماء وقيل ان لا يخلو دلو من بعرة وقال الامام التمرتاشي ذكر البعرتين اشارة الى ان الثلث كثيرة واما قال عليه الاعتماد لان ابا حنيفة لا يقدر شيئا بالراي في مثل هذه المسائل التي تحتاج الى التقدير وكان هذا موافقا لمذهبه فلهذا قال وعليه الاعتماد وقوله يرمي البعرة ويشرب اللبن معناه لا ينجس اذا رمت قبل ان يتغير لونه قال شيخ الاسلام في مبسوطه لا ينجس اذا رمت من ساعته ولم يبق لها لون لمكان الضرورة لان من عادتها انها تبعر عند الحلب وللضرورة اثر في اسقاط حكم النجاسة وقوله وعن ابي حنيفة انه اي الاناء بمنزلة البئر في عدم تنجس الاناء بالبعرة والبعرتين كالبئر

قال وان وقع فيها خرء الحمام والعصفور خرء الحمام والعصفور

طاهر عندنا وقال الشافعي انه نجس وهو القياس لانه غذاء استحال الى نتن وفساد فان ما يحيله الطبع من الغذاء
على نوعين نوع يحيله الى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس ونوع يحيله الى صلاح كالبيض واللبن والعسل
وهذا من النوع الاول فاشبه خرء الدجاج وهو نجس بالاتفاق واستحسن علماؤنا طهارته بدلالة الاجماع فان
الصدر الاول ومن بعدهم اجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى المسجد الحرام مع ورود الامر بتطهيرها
بقوله تعالى أن طهرا بيتي وقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا صبيانكم مساجدكم وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم
نجاسة أصله حديث ابي امامة الباهلي أن النبي صلى الله عليه وسلم شكر الحمامة فقال انها اوكرت على باب الغار
حتى سلمت فجازاها الله ان جعل المساجد مأواها وقوله واستحالته الى نتن جواب الشافعي ووجهه ان موجب النجس
النتن والفساد والنتن فيها غير موجود وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل فان الفساد وحده مما يوجبه قلنا
منقوض بالمني فانه فاسد وهو طاهر وسائر الاطعمة تفسد بطول المكث ولا نجس على انه نجس فيما عندنا به سقط
للضرورة وقوله فاشبه الحمأة يعني في النتن دون الفساد وقوله فان بال فيها اي في البئر شاة اصل هذه
المسئلة ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد ان وقع في الماء القليل لا ينجسه ويجوز الوضوء به الا ان يغلب الماء
فيخرج عن طهوريته نجس عندهما ان وقع فيه قطرة في الماء افسدته والكثير الفاحش منه يمنع جواز الصلوة لمحمد حديث
العرنيين وقصته ما روي أن قوما من عرينة تصغير عرنة وادي بحذاء عرفات سميت بها قبيلة ينسب
اليها العرنيون بحذف تاء فعيلة كقولهم الجهنيون اتوا المدينة فاجتووها اي لم توافقهم فاصفرت الوانهم
وانتفخت بطونهم فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يخرجوا الى ابل الصدقة ويشربوا من ابوالها والبانها
فخرجوا وشربوا فصحوا ثم ارتدوا وقتلوا الرعاة واستاقوا الابل فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
في اثرهم قوما فاخذوا فقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وتركهم في شدة الحر حتى ماتوا ووجه الاستدلال
انه امرهم بشرب ابوال الابل ولو كان نجسا لما امر به لكونه حراما وقد قال عليه السلام ان الله تعالى لم يجعل
شفاءكم فيما حرم عليكم ولهما قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول فان عامة عذاب القبر منه ووجه
الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم امر باستنزاه البول من غير فصل والامر للوجوب ومما يؤيده ما روي أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم شيع جنازة سعد بن معاذ وكان يمشي على رؤس اصابعه من زحام الملائكة
التي حضرت للصلوة عليه فلما وضع في القبر ضغطته الارض ضغطة كادت تختلف اضلاعه فسئل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن سببه فقال انه كان لا يستنزه البول ولم يرد به بول نفسه فان من لا يستنزه منه لا يجوز صلاته
وانما اراد بول الابل عند معالجتها وقوله وانه يستحيل الى نتن وفساد معقول وقد تقدم بيانه وما رواه
محمد من حديث انس فقد ذكر قتادة عن انس انه رخص لهم في شرب ألبان الابل ولم يذكر الابوال وانما
ذكره في حميد عن انس فبقي دائرا بين ان يكون حجة وان لا يكون حجة فيسقط الاستدلال به وقيل انه منسوخ وقد ذكرنا
الحديثين في التقرير شرح اصول فخر الاسلام فليطلب ثمة قال المصنف ولنا ما روي انه عليه السلام عرف شفاءهم
فيه وحيا ولا يوجد مثله في زماننا فلا يحل شربه لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وابو يوسف نظر الى
القصة فقال يحل للتداوي لا لغيره ومحمد لما طهره لم يبق فرق بينه وبين اللبن فيحل شربه للتداوي ولغيره والله اعلم

قال وان ماتت فيها فارة او عصفورة حاصل هذه المسائل ان الحيوان الواقع في البئر لا يخلو من اوجه
تسعة اما ان يكون فارة او نحوها او دجاجة او نحوها او شاة او نحوها وكل منها اما ان يخرج حيا او ميتا والميت
اما ان يكون منتفخا او لا فان اخرج حيا لا ينجس في الفصول كلها الا الخنزير لكونه نجس العين والكلب عند من يقول بنجاسة
عينه والصحيح عند المصنف انه ليس بنجس العين كما تقدم وما اخرج ميتا ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الميت
فيها فارة او عصفورة او صعوة قال المطرزي الصعو صغار العصافير الواحدة صعوة والسودانية طويرة
طويلة الذنب تأكل العنب والجراد وسام ابرص الكبير من الوزغ ولم ينتفخ نزح منها ما بين عشرين دلوا الى ثلثين بحسب

كبر

كبر الدلو وصغرها وقيل الصاع كبير وما دونه صغير يعني ينقص عن العشرين في الكبير ويزاد عليه في الصغير وقوله
يعني بعد اخراج الفارة يعني أن النزح انما يكون معتبرا اذا كان بعد اخراج الفارة لان سبب نجاسة البئر حصول
الفارة الميتة فلا يمكن الحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة لحديث انس انه قال في الفارة ماتت في
البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها وكذا حكم الفارتين حكم
الواحد الى الاربع وفي الخمس اربعون الى التسع وفي العشر ينزح ماء البئر كله فيما روي عن ابي يوسف

قال والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب انما ذكر ذلك لان الرواية قد اختلفت
فيه اختلافا كثيرا فورد في بعض الروايات ينزح منها دلاء وفي رواية عشرين وفي رواية ثلثون وفي رواية
اربعون فاخذ بعضهم اوجب عشرين وبعضهم اقل من عشرين وبعضهم اكثر من عشرين فاخذ علماؤنا بالعشرين
لانه الوسط بين القليل والكثير وكان واجب التعيين وما زاد استحبابا وفيه نظر لان هذا المعنى موجود في ثلثين
فلم يتعين عشرون للوجوب والاولى ما قيل أن السنة جاءت في رواية انس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال في الفارة اذا وقعت في البئر فماتت فيها انه ينزح منها عشرون دلوا او ثلثون هكذا رواه ابو علي الحافظ
السمرقندي باسناده واو لاحد الشيئين وكان الاقل ثابتا بيقين وهو معنى الوجوب والاكثر يؤتى به لئلا يترك
اللفظ المروي وان كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب وفي الوجه الثاني وهو ما يكون الميت فيها
حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور ينزح منها ما بين اربعين الى ستين وكلامه ظاهر وقوله وهو الاظهر
قيل لان الجامع الصغير اخر التصنيفات فيكون القول فيه هو المرجوع اليه وفي الوجه الثالث وهو ما يكون
الميت فيها شاة او ادميا او كلبا ينزح جميع ما فيها وكلامه ظاهر وقوله ثم المعتبر تفسير للدلو فانه ذكرهم
فاحتاج الى تفسيرها وقيل دلو يسع فيه صاع وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقوله ولو نزح منها بدلو عظيم
مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وهو نزح المقدار الذي قدره الشرع قال في الاصل اذا وقع
في البئر فارة فجاؤا بدلو عظيم يسع عشرين دلوا فاستقوا به مرة واحدة اجزاهم وهو احب الي لان القطر الذي يعود
منه الى البئر اقل وعن الحسن انه لا يطهر بمرة واحدة لان بتواتر الدلاء يصير الماء في معنى الجاري وقلنا لما قدره
الشرع الدلاء بعدد خاص عرفنا أن المعتبر القدر المنزوح وأن معنى الجريان ساقط وذلك يحصل بالدلو العظيم
هذا كله اذا لم ينتفخ الحيوان فان انتفخ او تفسخ فيها نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء
وذلك لان عند الانتفاخ والتفسخ ينفصل بلة نجسة فكان كالقطرة من الدم او الخمر تقع في الماء ولهذا قال
محمد في ذنب الفارة وقعت في البئر ينزح جميع الماء لان موضع القطع لا ينفك عن نجاسة مائعة بخلاف الفارة الصحيحة
الجسد وقوله وان كانت البئر معينا يجوز ان يكون من عين اي بلغت العيون ويجوز ان يكون اصليه من امعنت
الارض اي رويت وماء معين اي جار ويكون فعيلا بمعنى مفعول كان ينبغي ان يقال معينة لان البئر مؤنثة وانما ذكرها
حملا على اللفظ او توهم انه فعيل بمعنى مفعول وقوله لا يمكن نزحها صفة وقوله اخرجوا جواب المسئلة وقوله
لا يمكن مقدار ما كان فيها من الماء اشارة الى أن الاعتبار للماء الذي كان زمن وقوع النجاسة وقوله فينزح لكل
قدر منها عشر دلاء حتى اذا كان طول الماء عشر قبضات فانتقص بعشر دلاء قبضة واحدة يعلم أن كل الماء مائة
دلو فينزح تسعون دلوا اخرى وقوله يجيء جوابه على ما شاهد في بلده لان بلده بغداد وعامة مياه ابارها
لا يزيد على الثلثمائة دلو وقوله ولم يقدر الغاية بشيء لانها متفاوتة والنزح الى ان يظهر العجز محقق في الشرع لان
الطاعة بحسب الطاقة وقوله كما هو دأبه اي عادته فان عادته ان يفوض مثل هذا الى رأي المبتلى به كما تقدم من
قوله هو ما يستكثره الناظر وكما في حد الغريم وحد التقادم وقوله وهذا اشبه بالفقه اي بالمعنى المستنبط
من الكتاب والسنة لان الاخذ بقول الغير هو المرجع فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر
ان كنتم لا تعلمون كما في جزاء الصيد حيث قال يحكم به ذوا عدل منكم والشهادة حيث قال واشهدوا ذوي عدل منكم

وشرط العدالة لما في أمر الماء لأن الأحكام إنما تستفاد ممن له علم بها بخلاف أهل الذكر وهذا القول أي قول رجلين مروي عن أبي نصر محمد بن سلام **قال** وإن وجد في البئر فأرة أو غيرها ولا يدري متى وقعت وقوله لأن اليقين لا يزول بالشك بيانه أن الماء كان طاهرا بيقين ووقع الشك في نجاسته فيما مضى واليقين لا يزول بالشك ولا علم بالنجاسة الا زمان السبق بوقوع الحجر لأن اليقين يزول بيقين مثله وهذا هو القياس لمن رأى نجاسة لأنه يدري متى أصابته فإنه لا يلزمه إعادة شيء من الصلوات ولأبي حنيفة أن لموت الحيوان في البئر سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء وهو طاهر وكل ما له سبب ظاهر يحال به عليه كمن جرح إنسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يحال موته على الجراحة لأنه هو السبب الظاهر وكمن التوب في عقبة حيث فإنه يحال بموته على ما يحتمل أن يكون الموت بغير الجرح والنهش لأن الموهوم في مقابلة الحق غير معتبر لأن الانتفاخ دليل تقادم العهد وحد التقادم في ذلك ثلاثة أيام ألا ترى أن من دفن بلا صلوة يصلى على قبره إلى ثلاثة أيام ولا يصلى بعد ذلك لأنه يتفسخ في هذه المدة فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لأن أقل المقادير في باب الصلوة يوم وليلة فإن ما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وأما مسألة النجاسة فقد قال المعلى إنه على الخلاف

فصل في الآسار وغيرها

لما فرغ من بيان فساد الماء وعدمه باعتبار نفس الحيوانات فيه ذكرها باعتبار ما يتولد منها وهو السؤر وهو بقية الماء التي يبقيها الشارب في الإناء ثم استعماله فيه وفي الطعام والجمع الآسار وهي أربعة عندنا طاهر كسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه ومكروه كسؤر الهرة ونجس كسؤر الخنزير وسباع البهائم ومشكوك فيه كسؤر البغل والحمار **قال** وعرق كل شيء معتبر بسؤره قيل كان الأولى أن يقول وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لأن الكلام في السؤر لا في العرق وليس بصحيح لأن المصنف أراد أن يبين في ضمن الأسآر حكم العرق فلو قال وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لوجب أن يقول بعده عرق الآدمي كذا وعرق الكلب كذا وعرق كذا وكان الفصل إذ ذاك للعرق لا للسؤر ولا ينتقض بسؤر الحمار فإنه مشكوك فيه وعرقه طاهر لأن الشك في طهارته وقوله لأنهما أي اللعاب والعرق أضمر على اللعاب وإن لم يذكره لأن السؤر هو ما خالطه اللعاب وكان ذكر السؤر ذكرا له وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه كالإبل والبقر والغنم ونحوها طاهر قيل يعني بغير كراهة ليخرج منه سؤر الدجاجة المخلاة فإنه مأكول اللحم وسؤره مكروه كما يأتي وليس بصحيح لأنه مأكول اللحم طاهر السؤر من الدخول فيه وقوله لأن المختلط به اللعاب واضح وقوله ويدخل في هذا الجواب الجنب لكونه آدميا والحائض وذلك لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لقي حذيفة فمد يده ليصافحه فقبض يده وقال إني جنب فقال صلى الله عليه وسلم المؤمن لا ينجس ولهذا أسقط ما قيل ينبغي أن يكون سؤر الجنب نجسا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لسقوط الفرض عن فمه بشربه لأنه تعليل في مقابلة النص على أنه في مكان الضرورة فيسقط حكم النجاسة عند أداء حال الجنب الإناء والحائض لما روي أن عائشة شربت من إناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاه على موضع فيها وشرب والكافر لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين ولو كان سؤر المشرك نجسا لما فعل ذلك ولا تعارض بقوله تعالى إنما المشركون نجس لأن المراد به الخبث في الاعتقاد وسؤر الكلب نجس ظاهر وقوله فإذا أنجس الإناء فالماء أولى يشير إلى أنه ثابت بالدلالة فإن الإناء لما لم يتعقب غسل الإناء بولوغه ولسانه لم يلاقه وإنما لاقى الماء كان دليلا على نجس ما يلاقيه بطريق الأولى قيل يجوز أن يكون المراد بولوغ الكلب في الإناء لحسه فيكون لسانه ملاقيا للإناء فلا يتم الاستدلال بالأولوية وأجيب بأن الولوغ حقيقة في شرب الكلب وأشباهه المائعات بأطراف لسانه والكلام للحقيقة إذ لم يصرفه عنها قرينة قوله وهذا الحديث يفيد النجاسة نص لقول مالك والعدد نص لقول الشافعي في اشتراط السبع قوله لأن ما ينجسه يطهر بالثلث أي بالاتفاق وقوله فيما يصيبه سؤره وهو ونحوه لأن ما لا نقول بطهارة سؤره لا يقل أحد بطهارة بوله فإذا أطهر بوله بالثلث فلأن يطهر سؤره أولى وفيه نظر لأنه عند الشافعي بوله

ودمه

ودمه

وسائر ما هو منه نجس لا يطهر إلا بالغسل سبعا ذكره في التهذيب ويجوز أن يكون ثمة رواية عنه اطلع عليها أصحابنا فيكون الإلزام عليها وقوله الأمر الوارد بالسبع جواب عما استدل به الشافعي بما روى عبد الله ابن مغفل أنه عليه السلام قال إذا ولغ الكلب في إناء فاغسلوه سبعا وعفروه الثامنة بالتراب بأنه محمول على الابتداء منعا لهم عن الاقتناء على ما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من اقتنى كلبا إلا ماشية أو صيد نقص من أجره كل يوم قيراط والدليل عليه أنه قال وعفروه الثامنة بالتراب والتعفير ليس بواجب بالاتفاق فإن قيل يجوز أن يكون غسل الإناء تعبدا لا لإزالة النجس أجيب بأنه لو كان كذلك لوجب غسل غير موضع النجاسة كما في الحدث والواجب ههنا غسل موضع الإصابة بالإجماع فكان الغسل لإزالة النجاسة لا للتعبد وسؤر الخنزير نجس لأنه نجس العين فكان لحمه نجسا واللعاب يتولد منه وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير لما مر في سؤر الخنزير واستدل الشافعي بما روي عن عمران أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل فقيل أنتوضأ بما أفضلت الحمر فقال نعم وبما أفضلت السباع كلها والجواب أنه مرسل لا يصح له الاحتجاج به لأن رواية داود بن حصين عن جابر وداود بن حصين لم يلق جابرا كما قاله الجصاص ولئن صح فتأويله أن المراد به حمر الوحش وسباع الطير والمراد به الماء الكثير أو هو محمول على ما قبل تحريمها توفيقا بين الأدلة ولم يذكر محمد أن نجاسته غليظة أو خفيفة وروي عن أبي حنيفة أنه نجاسة غليظة وعن أبي يوسف أنه كبول ما يؤكل لحمه لأن الناس اختلفوا في بول ما يؤكل لحمه كما اختلفوا في بول ما لا يؤكل لحمه فأوجب اختلافا تخفيفا ههنا كما أوجب هناك وسؤر الهرة مكروه وقال أبو يوسف غير مكروه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي للهرة الإناء فيشرب منه ثم يتوضأ به وقال كيف أكره مع هذا الحديث ولهما قوله صلى الله عليه وسلم الهرة سبع والمراد به بيان الحكم دون الخلقة والصورة لأنه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الشرائع فإن قيل فكان الواجب القول بنجاسته أجاب بقوله إلا أنه أسقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وقوله لعلة الطوف يجوز أن يكون إشارة إلى ما روي عن عائشة أنها كانت تصلي الضحى ورأت أن حكم النجاسة تسقط بها كما مر غير مرة ويجوز أن يكون إشارة إلى ما روي عن عائشة أنها كانت تصلي وفي بيتها قصعة من هريسة فجاءت هرة وأكلت منها فلما فرغت من صلاتها دعت جارات لها فكن يتحامين من موضع فمها فمدت يدها وأخذت موضع فمها وأكلت وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الهرة ليست بنجسة إنما هي من الطوافين والطوافات عليكم فإن قيل لا تأكل فإن قيل حديث أبي هريرة يدل على النجاسة فهو محرم فلا ترجح والجواب أن حديث أبي هريرة ما ولد دون حديث عائشة فهو في حديث عائشة بقوة حالها وقوة دلالته تعارض المحرم وحمل ما رواه أبو يوسف من إصغاء الإناء لها على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وهو قول الطحاوي وهو يدل على أنه إلى التحريم أقرب وقيل لعدم تحاميها النجاسة لأنها تتناول الجيف وهو قول الكرخي وهو يدل على أن الكراهة كراهة تنزيه قيل وهو الأصح والأقرب إلى موافقة الأثر وقوله ولو أكلت يعني الهرة طاهر وقوله والاستثناء على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يعني قوله إذا مكثت ساعة تغسل فمها بلعابها لأنهما يجوزان إزالة النجاسة بالمائعات الطاهرة ولكن الصب شرط عند أبي حنيفة وأبي يوسف للتطهير في العضو وسقط ههنا للضرورة **قال** وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه المخلاة هي الجائلة في عذرات الناس والمحبوسة على خلافها والمحبوسة على وجهين أحدهما أن تكون محبوسة في بيت نفسها والثاني أن تكون محبوسة للتسمين ويكون رأسها وأكلها وشربها خارج البيت والأولى تجول في عذرات نفسها دون الثانية وإنما قيد بقوله بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدمها إشارة إلى الوجه الثاني فإنها إذا كانت كذلك وقع الأمن من مخالطة النجاسة بخلاف غيرها وقوله وكذا سؤر سباع الطير معطوف على قوله وسؤر الدجاجة المخلاة لكونه داخلا في حكم الكراهة وفي القياس عن اعتبار سباع الوحش وجه الاستحسان أنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف خلاف

سباع البهائم فانها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها واستدل المصنف على كراهته بما يشبه به الجلالة وهو أكل
الميتات الحاقا لها بها وعن ابي يوسف انها اي سباع الطير اذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها
لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية قال الفقيه ابو الليث روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال ان كان
هذا الطير لا يتناول الميتة مثل البازي الاهلي ونحو ذلك فلا يكره الوضوء وقوله وسؤر ما يسكن البيوت طاهر
وقوله والتنبيه على العلة في الهرة قيل معناه وتنبيه النبي وعلى العلة التي كانت في الهرة وقيل هو جواب سؤال
تقريره ما الذي دلكم على كون الطواف علة لسقوط النجاسة ووجه ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم
علل بسقوط النجاسة عن سؤر الهرة بعلة الطوف بقوله صلى الله عليه وسلم انها من الطوافين عليكم والطوافات
دفعا للحرج وقد وجد الطواف في سواكن البيوت ازيد منه في الهرة فان الهرة البيت اذا اسدت لا يمكن ان يدخل
الهرة فيه واما سواكن البيوت كالحية والفارة فانه لا يمكن منعها عن الطرف فكان تنبيها على سقوط النجاسة فيها بطريق
الاولى وكان العلامة الكردري يقول الله تعالى علل السقوط وجوب الاستيذان لان الاستيذان بعلة الطواف
في قوله ليس عليكم ولا عليهم جناح الى قوله طوافون عليكم بعضكم على بعض واستدل النبي صلى الله عليه وسلم في سؤر الهرة
بتعليل الله فيه على سقوط النجاسة ثم استدل ابو حنيفة بتعليله عليه السلام في سؤر الهرة على سقوط نجاسة سؤر سواكن البيوت
لعلة الطوف **قوله** وسؤر البغل والحمار مشكوك فيه هذه عبارة اكثر المشايخ وابو طاهر الدباس انكر ان
يكون شيء من احكام الله مشكوكا فيه وقال سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت الصلاة معه الا انه محتاط فيه
فامر بالجمع بينه وبين التيمم والمشايخ قالوا المراد بالشك التوقف لتعارض الادلة والشافعي يجعله طاهرا وطهورا لان
كل حيوان ينتفع بجلده فسؤره طهور عنده واختلف في ان الشك في طهارته او في طهوريته فقيل في طهارته لانه
لو كان طاهرا كان طهورا ما لم يغلب اللعاب لان اختلاط الطاهر بالماء لا يخرجه عن الطهورية ما لم يغلب كما اذا اختلط
بماء الورد بالماء وقيل في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لم يجب عليه غسل رأسه يعني بعد ما مسح رأسه بسؤر
الحمار ولو كان الشك في طهارته لوجب وانما عين الرأس لان غيره من الاعضاء يطهر بصب الماء عليه وقوله وكذا لبنه
طاهر ولا يؤكل قيل اللبن نجس في ظاهر الرواية وانما هو نجس والمذكور في الكتاب انما هو رواية عن محمد وقوله وعرقه لا يمنع
جواز الصلاة وان فحش هو احدى الروايات عن ابي حنيفة وفي رواية هو نجس نجاسة خفيفة وفي رواية نجس نجاسة
غليظة والمشهور هو المذكور في الكتاب قال القدوري عرق الحمار طاهر في الروايات المشهورة وقوله فكذا سؤره يعني
ان اللبن والعرق والسؤر يتولد كلها منه فاذا كانا طاهرين كان السؤر كذلك وقوله وهو الاصح اي الاقوى بان الشك
في طهوريته اصح وقوله نص محمد على طهارته وهو ما روي عن محمد انه قال اربع لو غمس فيه الثوب لم ينجس وهي سؤر
الحمار والماء المستعمل ولبن الاتان وبول ما يؤكل لحمه **وقوله** وسبب الشك تعارض الادلة اختلف المشايخ
في سبب شكه فمنهم من قال هو تعارض الادلة في اباحته وحرمته فانه روي ان غالب بن ابجر سأل رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال لم يبق لي مال الا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
حرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال شيخ الاسلام هذا لا يقوى لان لحمه حرام بلا اشكال لانه اجتمع فيه المحرم والمبيح
فغلب المحرم على المبيح كما لو اخبر عدل بان هذه ذبيحة مجوسي واخر انه ذبيحة مسلم فانه لا يحل اكله
لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا اشكال ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا اشكال وفيه نظر لانه يستلزم نجاسة
لبنه وقد تقدم من قول المصنف انه طاهر والجواب بالالتزام فانه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم ومنهم من قال اختلاف
الصحابة في طهارته فانه روي عن ابن عمر انه كان يكره التوضي بسؤر الحمار والبغل وروي عن ابن عباس انه قال لا بأس بالتوضي
به ولم يترجح احد القولين على الاخر فاوجب شكا قال شيخ الاسلام ولكن هذا لا يقوى لان الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته
وقد استوى الحوان فكذا هذا ثم قال والاصح ان دليل الشك هو التردد في الضرورة فان الحمار يربط في الدور والافنية
فكان فيه الضرورة الا انها دون ضرورة الهرة والفارة لدخولها المضايق دون الحمار فلو لم تكن ضرورة اصلا كان

كالشائع

كالشائع في الحكم بالنجاسة بلا اشكال ولو كانت الضرورة كضرورتهما كان مثلهما في سقوط النجاسة وجب ثبت
الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا للتعارض ووجب المصير الى الاصل
والاصل شيئان الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب لان لعابه نجس كما بيناه وليس احدهما باولى من الاخر
فبقي الامر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه وكان اشكال سؤره عند علمائنا بهذا الطريق لا لاشكال لحمه ولا لاختلاف الصحابة
في سؤره هذا حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الاسلام وههنا ابحاث بالتنبيه عليها وهي ان طهارة اللعاب ونجاسته
دائرتان على طهارة اللحم ونجاسته وقد قال المصنف في اول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب ولا يخلو اما ان يكون
المراد بالنجاسة النجاسة قبل الذبح او بعده فان كان الاول كانت الشاة مساوية للكلب في ان لحم كل واحد منهما نجس
بالمجاورة وان كان الثاني فكذلك في ان لحم كل واحد طاهر بعد الذبح وذلك يقتضي شمول الطهارة او النجاسة وحكما
ان المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل اكله بعد الذبح وبالنجس ما يقابله وطهارة سؤر البغل والحمار في
رواية والهرة للضرورة وهذه الابحاث في النجاسة المجاورة بالدم المسفوح قبل الذبح فان الشاة لا تؤكل اذا ماتت
حتف انفها واشتركا في الطهارة بعده لزوال النجس وهو الدم فلا فرق بينهما اصلا في الطاهر الا اختلاط اللعاب
المتولد من اللحم نعلم من هذا ان اللعاب المتولد من لحم ماكول بعد الذبح طاهر بالكراهة دون غيره اضافة للحكم الفارق
صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهر هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب قوله وعن ابي حنيفة انه اي سؤر الحمار
والبغل نجس **وقوله** ترجيحا للحرمة والنجاسة يجوز ان يكون الحرمة متعلقة بتعارض الادلة والنجاسة متعلقة
باختلاف الصحابة ويجوز ان يكون معناه ترجيحا للحرمة لان الحرمة مرجح والنجاسة لانه اذا ترجح الحرمة ترجح النجاسة
ايضا لامتناع الطهارة مع الحرمة واستشكل بما اذا اخبر عدل بحل طعام واخر بحرمته فانه يرجح خبر الحل وبما اذا
اخبر عدل بحل طعام واخر بحرمته بطهارة الماء واخر بنجاسته ترجح الطهارة واجيب بان تعارض الخبرين في الطعام يوجب
التهاتر والعمل بالاصل وهو الحل ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه تكذيب الخبر بالحل من غير دليل فاما ادلة
الشرع في حل الطعام وحرمته فتوجب الترجيح بدليل وهو تقليل النسخ الذي هو خلاف الاصل على ما عرف في الاصول
والعمل بالاحتياط واجب عند عدم المانع [illegible]
[illegible]

الحديث ليلة الجن وهو ما روى أبو رافع وابن المعتمر عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب ذات ليلة ثم قال
ليقم معي من لم يكن في قلبه مثقال ذرة من كبر فقام ابن مسعود فحمله رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نفسه فقال
عبد الله بن مسعود فخرجنا من مكة وخط رسول الله صلى الله عليه وسلم حولي خطا وقال لا تخرج عن هذا الخط
فإنك إن خرجت عنه لم تلقني إلى يوم القيمة ثم ذهب يدعو الجن إلى الإيمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر ثم بعد
طلوع الفجر قال لي هل معك ماء أتوضأ به فقلت لا إلا نبيذ التمر في إداوة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرة
طيبة وماء طهور وأخذ وتوضأ به وصلى الفجر ووجه قول أبي يوسف وهو قول الشافعي العمل بآية التيمم فإنها نقلت الطهر
عند عدم الماء المطلق إلى التراب ونبيذ التمر ماء مقيد فيكون الحديث مردودا بها لكونها أقوى من الحديث أو هو أي
الحديث منسوخ بها أي بآية التيمم لأنها مدنية وليلة الجن كانت بمكة فإن قيل نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عند الشافعي
فكيف يستقيم قوله أو هو منسوخ بآية التيمم أجيب بأن ذلك جواب أبي يوسف خاصة والمشترك بينهما هو قوله
عملا بآية التيمم وقال محمد يتوضأ به ويتيمم لأن في الحديث اضطرابا لأن مداره على أبي زيد مولى عمرو بن الحريث روى
عنه أبو فزارة وكان نباذا روى هذا الحديث ليهون على الناس أمر النبيذ وأبو زيد كان مجهولا عند النقلة ولأنه
روي عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود أنه قيل له كان أبوك مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال وددت
أن لو كان أبي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان مع النبي صلى الله عليه وسلم لكان فخرا عظيما ومنقبة له
ولعقبه بعده فأنكر كون أبيه مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان لما خفي على ابنه وفي التاريخ جهالة فإنهم اختلفوا
في انتساخ هذا الحديث لجهالة التاريخ فقال بعضهم كان بآية التيمم وقال بعضهم لم ينسخ لأن آية التيمم نزلت في
شأن الأسفار والنبيذ يستعمل في العادات فيما قرب من الأمصار فجمع للجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة يعني أنها
تكررت قال في التيسير أن الجن أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعتين فيجوز أن يكون الدفعة الثانية في المدينة
بعد آية التيمم فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور بطرق مختلفة وعمل به الصحابة كعلي روى عنه الحارث
أنه قال الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء وروي عنه من طرق مختلفة أنه كان لا يرى بأسا بالوضوء بنبيذ التمر
عند عدم الماء وروى عكرمة عن ابن عباس أنه قال توضؤوا بنبيذ التمر ولا تتوضؤوا باللبن وروي عنه من طرق مختلفة
أنه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وروي عن عبد الله بن مسعود أنه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم
الماء وهم كانوا أئمة الفتوى فيكون قولهم معمولا به وبمثله أي بمثل هذا الحديث المشهور يزاد على الكتاب فإن قيل
إن السنة كون عبد الله مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن قلنا في الباب ما يكفي للاعتماد عليه وهو رواية
هؤلاء الكبار من الصحابة قوله وأما الاغتسال به أي بنبيذ التمر على قول أبي حنيفة فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه
اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضي وهو وجود الحدث وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه لأن الآثار في الوضوء خاصة
والغسل فوقه فلا يلحق به قوله والنبيذ المختلف فيه بيان الموضع الثالث ذكر محمد في النوادر أن يلقى تميرات حتى
صار الماء حلوا رقيقا ولا يكون الماء مشتدا ولا مسكرا وما اشتد منها وصار مسكرا لا يجوز الوضوء به بالإجماع
لأنه صار مسكرا حراما وإن غيرته النار فما دام حلوا رقيقا يسيل على الأعضاء فهو على الاختلاف وإن اشتد جاز الوضوء
به عند أبي حنيفة لحل شربه عنده ولم يجز عند محمد لحرمته عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الأنبذة كنبيذ الزبيب
والتين وغيره لكن لأن نبيذ التمر خص بالأثر على خلاف القياس فبقي الباقي على موجبه ولأنه علل بعلة قاصرة وهي
كونه تمرة طيبة على ما تم وصفه وهو لا يوجد في غيره اعلم أن القدوري ذكر في شرحه عن أصحابنا أن التوضي بنبيذ
التمر لا يجوز إلا بالنية كالتيمم لأنه بدل عن الماء كالتيمم حتى لا يجوز التوضي به حال وجود الماء ولو توضأ بالنبيذ ثم وجد
ماء مطلقا ينتقض وضوؤه كما ينتقض التيمم بوجود الماء.

التيمم

لما فرغ عن ذكر الطهارة بالماء شرع في التيمم لما أن حق الخلف أن يعقب الأصل أو نقول
ابتدأ بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم تأسيا بكتاب الله فإن قيل كيف ترك التأسي بكتاب الله في تقديم المسافر وخارج

المصر على المريض مع أن الله تعالى قدمه على المسافر في قوله وإن كنتم مرضى أو على سفر أجيب بأن التيمم مرتب على عدم
الماء وهو فيه أي في المسافر حقيقي وفي المريض حكمي والتيمم في اللغة القصد وفي الشريعة هو القصد إلى الصعيد للتطهير فالاسم
الشرعي فيه المعنى اللغوي وثبوته بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وكان
نزولها في غزوة المريسيع حين عرس رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فسقطت من عائشة قلادة لأسماء فلما ارتحلوا ذكرت
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونهما فأصبحوا وليس معهم ماء فأغلظ أبو بكر على عائشة
وقال حبست رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين على غير ماء فنزلت فلما صلوا بالتيمم جاء أسيد بن الحضير إلى مضرب
عائشة فجعل يقول ما أكثر بركتكم يا آل أبي بكر وفي رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه إلا جعل الله فيه
للمسلمين فرجا وأما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا أينما
أدركتني الصلاة تيممت وصليت وقوله صلى الله عليه وسلم التيمم طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء والمراد بالماء
ما يكفي لرفع الحدث الذي به لأن ما دونه يستوي وجوده وعدمه إذ لا يثبت به استباحة الصلاة فكان كالعدم ولا يقال الماء
في قوله تعالى فلم تجدوا ماء نكرة في سياق النفي يتناول ما يتيمم به قليلا كان أو كثيرا وذلك يقتضي أن لا يجوز التيمم إلا بعد
استعمال ما معه من الماء وإن كان لا يكفي الوضوء كما في إزالة النجاسة الحقيقية كما هو مذهب الشافعي لأنا نقول المراد
به ما علق به الأثر ألا ترى أن وجود الماء النجس لا يمنعه وإن تناوله النكرة المذكورة والحل موقوف على ما يكفي بالاتفاق قوله
أو خارج المصر منصوب لكونه حالا معطوفا على قوله وهو مسافر كما في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى
حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا ويجوز أن يكون مفعولا فيه وهو رد لقول من يقول لا يجوز التيمم إلا للمسافر ومعناه
ويجوز التيمم لمن هو خارج المصر وإن لم يكن مسافرا إذا كان بينه وبين المصر وفي بعض النسخ بين الماء وهو أولى نحو الميل
أو أكثر وفيه إشارة إلى نفي جواز التيمم في الأمصار إلا في المواضع المستثناة على ما سيأتي وذكر في الأسرار أن عدم
الماء في الأمصار جاز تيممها أيضا لأن الشرط عدمه فإنما يتحقق بعد وجود المقتضي جاز وعلى هذا يكون قوله أو خارج
المصر إنما هو بحسب العادة لما أن عدم الماء في الأمصار نادر عادة قيل قوله أو أكثر مستغنى عنه وهو ظاهر
وأجيب بأنه تأكيد لأن معنى التأكيد هو أن يستفاد من الثاني ما استفيد من الأول وهذا كذلك ورد بأن تخلل
العاطف يأباه وقيل ذكره تبعا لرواية الحسن عن أبي حنيفة أن الماء إن كان قدامه فالمسافة ميلان وإن يكن فميل وغيرها
من الروايات على ما نذكره وهو غير حسن وقيل مقدار البعد إنما يعلم حزرا وظنا فإن كان ظنه الماء من حيث هو فيه ميل
أو أكثر يتيمم وإن كان ظنه أنه ميل أو أقل لم يتيمم حتى إذا تحقق أنه ميل يجوز وفيه نظر لأنه بنى كلامه على أنه يعلم حزرا وظنا
فمن أين تحقق ذلك والمراد من عدم الوجدان عدم القدرة على استعمال الماء وقوله إلى عشر حجج للكثرة لا للغاية
لجواز التيمم في أكثر من ذلك أيضا إذا لم يجد الماء وقوله والميل هو المختار في المقدار احتراز عن غيره من الأقوال
فإنه روي عن محمد أنه يجوز التيمم إذا كان الماء على قدر ميلين وحكي عن الكرخي إن كان في موضع يسمع صوت أهل الماء
فهو قريب وإلا فهو بعيد وبه أخذ أكثر المشايخ وقد ذكرنا آنفا رواية الحسن عن أبي حنيفة وروي عن
زفر أنه إن كان بحيث يصل إلى الماء قبل خروج الوقت لا يجزيه التيمم وإلا فيجزيه والأقرب المائة والميل ثلث فرسخ
والفرسخ اثنا عشر ألف خطوة وقدر ابن شجاع الميل بثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة ذراع إلى أربعة آلاف ذراع ووجه المختار
أنه يلحقه الحرج بدخول المصر بالوصول إلى الماء وفي هذا المقدار من المسافة والحرج مدفوع وقوله والماء
معدوم حقيقة يجوز أن يكون تلويحا إلى ما يقال النص مطلق عن ذكر المسافة فتقييده بالميل تقييد لمطلق
الكتاب بالرأي وهو لا يجوز وتقريره أن المنصوص عليه كون الماء معدوما وههنا معدوم حقيقة لكن نعلم يقينا
أن عدمه مع القدرة عليه بلا حرج لكن يجوز التيمم والإلجاء لمن يكن شاطئ البحر وقد عدم الماء بينه
فجعلنا الحد الفاصل بين القرب والبعد لحوق الحرج لأن الطاعة بحسب الطاقة قال الله تعالى وما جعل عليكم في
الدين من حرج والمعتبر المسافة دون خوف الفوت احترازا عما ذكرنا من قول زفر آنفا قال التيمم

شرع لضرورة الحاجة الى اداء الصلوة في الوقت وقد تحقق فيما نحن فيه وقلنا التفريط جاء من قبله بتاخير الصلوة فاذا
فليس له ان يتيمم اذا كان الماء قريبا منه وقوله يتيمم لما تلونا يعني قوله تعالى وان كنتم مرضى وقوله فلان الضرر في
زيادة المرض فوق الجرح لان ثمن الماء مال والمال خلق وقاية للنفس فكان تبعا ولما كان الحرج مدفوعا عن الوقاية التي
هي تبع فلان يكون مدفوعا عن الموقى الذي هو اصل اولى وقوله ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك كالمطعون
او بالاستعمال كالجدري والحصبة وقوله اعتبر الشافعي خوف التلف اي تلف نفسه او عضوه وهو احد قولي الشافعي
مردود بظاهر النص لان قوله تعالى وان كنتم مرضى باطلاقه يبيح التيمم لكل مريض الا انه خرج من لا يشتد مرضه
بسياق الاية وهو قوله ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج فان الحرج انما يلحق من يشتد مرضه فبقي الباقي على ظاهرها
فان قيل لا نسلم اطلاق النص لتقييده بالعدم اجيب بان العدم مشروط في حق المسافر دون المريض وقوله ولو خاف
الجنب الى اخره ظاهر ولم يذكر المحدث اذا خاف الهلاك من الوضوء في المصر وقال في الاسرار فهما سواء وذكر في
المحيط اختلاف الرواية فيه فجوزه شيخ الاسلام ولم يجوزه الحلواني قال والتيمم ضربتان قيل في قوله ضربتان
اشارة الى ان نفس الضرب داخل في التيمم لو ضرب يديه على الارض للتيمم واحدث قبل ان يمسح بهما وجهه وذراعيه ثم
مسحهما بهما لم يجز لانه احدث بعد ما اتى ببعض التيمم وكان كمن احدث في خلال الوضوء وذكر الامام الاسبيجابي جوازه
كمن ملأ كفيه ماء للوضوء ثم احدث ثم استعمله واختار لفظ الضرب وان جاز الوضع ايضا للمبالغة في ايصال التراب
الى اثناء الاصابع وقوله وبالاخرى يديه الى المرفقين نفي لقول الزهري فانه يمسح الى الاباط وهو رواية عن مالك
ولرواية الحسن عن ابي حنيفة انه الى الرسغ وهو مروي عن ابن عباس وقوله وينفض النفض تحريك الشيء ليسقط ما عليه من غبار
او غيره وقوله بقدر ما يتناثر التراب اشارة الى انه لا يتعدد ثم كما روي عن محمد بل ان احتاج الى الثاني فعل ولا يمسح كما
روي عن ابي يوسف بل اذا تيمم لا يحتاج الى الثاني لان المقصود هو ان لا يصير مثلة وهو يحصل بالنفض سواء
كان مرة او مرتين والمثلة ما يتمثل به في تبديل خلقته وتغيير هيئته سواء كان بقطع عضو او تسويد وجه او تغبيره
وقد حكى ابن عمر وجابر تيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم وكيفيته ان يضرب يديه على الارض ثم ينفضهما حتى يتناثر
التراب فيمسح بهما وجهه ثم يضرب اخرى فينفضهما ويمسح بباطن كفه اليسرى باطن ذراعه اليمنى اربع اصابع يده اليسرى
ظاهر يده اليمنى من رؤس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بباطن كفه اليسرى باطن ذراعه اليمنى الى الرسغ ويمر بباطن ابهام
يده اليسرى على ظاهر ابهام يده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك وقوله ولا بد من الاستيعاب يعني ان
الاستيعاب شرط في التيمم حتى اذا ترك شيئا لم يجز كما في الوضوء وقوله في ظاهر الرواية احترازا عن رواية
الحسن عن ابي حنيفة فان الاكثر يقوم مقام الكل لان في الممسوحات الاستيعاب ليس بشرط كما في مسح الخف والراس
وجه الظاهر ان التيمم قائم مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والاستيعاب في الوضوء
شرط فكذا فيما قام مقامه ولولا الخلفية لكان المسح الى المناكب واجبا عملا بالمقتضى وهو ذكر الايدي في الكتاب
والسنة ولا يلزم اية السرقة لان النبي صلى الله عليه وسلم بين محل القطع وهو الرسغ بالقول والفعل بخلاف ما نحن
فيه فان قيل قد دل الدليل على ان حقيقة اليد ليست بمرادة فان الباء اذا دخل المحل تعدى الفعل الى الالة فلا
يقتضي استيعاب المحل اجيب بان الباء صلة كما في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة فلا يقتضي التبعيض والكلام
فيه مر ذكرناه في التقرير والانوار وقوله والحدث والجنابة فيه اي في التيمم من حيث الجواز والكيفية
والالة سواء وهو قول اصحابنا وعليه العلماء وهو المروي عن علي وابن عباس وعائشة وقال بعض الناس لا يتيمم
الجنب والحائض والنفساء وهو المروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر ومنشأ الاختلاف فيما بينهم ان قوله او
لامستم النساء محمول على المس باليد او على الجماع فذهب الاولون الى الثاني والاخرون الى الاول قالوا القياس
ان لا يكون التيمم طهورا وانما اباحه الله تعالى للمحدث فلا يباح للجنب لانه ليس بمعقول المعنى حتى يصح القياس وليس
في معناه ليلحق به بل هو فوقه وقال الاولون الملامسة اريد بها الجماع مجازا بسياق الاية قال الله تعالى بين

حكم

حكم الحدث والجنابة في اية الوضوء ثم نقل الحكم الى التراب حالة عدم الماء وذكر الحدث الاصغر بقوله او جاء
احد منكم من الغائط فحمل لامستم على الحدث الاكبر ليصير الطهارتان والحدثان مذكورين في اية البدل كما ذكر في
اية الوضوء ولئلا يلزم التكرار لان الاصغر مذكور في قوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط في حق التيمم فحمل لامستم
عليه تكرار ولئن سلمنا ان الله تعالى شرع التيمم للمحدث فرسوله صلى الله عليه وسلم شرعه للجنب ايضا لما روي ان
قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن الرمال ولا نجد الماء شهرا وشهرين وفينا الجنب والحائض
والنفساء فقال صلى الله عليه وسلم عليكم بارضكم وفي الاحاديث الدالة على ذلك كثرة حديث البخاري في صحيحه
باسناده الى عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا معتزلا لم يصل في القوم فقال يا فلان
ما منعك ان تصلي في القوم فقال يا رسول الله اصابتني جنابة ولا ماء قال عليك بالصعيد فانه يكفيك وقوله
ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد بيان لما يجوز به التيمم [illegible] بكل ما كان من جنس الارض قيل كلما يحترق بالنار
فيصير رمادا كالشجر او ينطبع كالحديد ليس من الارض وههنا لطيفة وهي ان الله خلق درة ونظر اليها فصارت
ماء ثم تكاثف منه وصار ترابا وتلطف منه فصار هواء وتلطف منه فصار نارا وكان الماء اصلا ذكره المفسرون
وهو منقول عن التورات فاذا تعذر الطهارة بالاصل انتقل الى التبع واقيم مقامه والنبات كالشجر ونحوه والمعدني
كالحديد وشبهه ليس بتبع للماء وحده حتى يقوم مقامه ولا التراب كذلك وانما هو مركب من العناصر الاربعة فليس
له اختصاص بشيء منها حتى يقوم مقامه وقال ابو يوسف لا يجوز الا بالتراب والرمل ثم رجع عنه الى انه لا يجوز
الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا هكذا فسره ابن عباس وهذا يقتضي
القصر عليه غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل في قوله الاول بما روينا من قوله عليكم بارضكم ولنا ان الصعيد
اسم لوجه الارض وقال الزجاج في معاني القران لا اعلم بين اهل اللغة اختلافا في ان الصعيد وجه الارض وفي الصحاح
عن ثعلب ان الصعيد وجه الارض وقال المصنف سمي به لصعوده وهو اشارة الى انه فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك فتقييده
بالتراب تقييد للمطلق بلا دليل والطيب يحتمل الطاهر كما في قوله تعالى حلالا طيبا فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة
الا ترى انه لو كان التراب المنبت نجسا لم يجز التيمم به اجماعا فعلم ان الانبات لم يكن له اثر في هذا الباب ومما يدل
على ذلك قوله تعالى ولكن يريد ليطهركم وقوله وهو مراد بالاجماع دليل اخر وتقريره ان الطيب مشترك بين
الطاهر والمنبت والطاهر مراد بالاجماع كما مر انفا فلا يكون المنبت مرادا لان المشترك لا عموم له ثم لا يشترط
ان يكون عليه اي على الصعيد غبار بل يلزق باليد فيجوز التيمم بالكحل والاجر والمرداسنج والياقوت والفيروزج
والمرجان والزمرد والزبرجد وان كانت ملسا لا غبار عليها عند ابي حنيفة ومحمد في احدى الروايتين عنه
لاطلاق ما تلونا من قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وفي رواية اخرى عنه وهو قول ابي يوسف والشافعي واحمد
لا يجوز به لقوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه اي من التراب وهو كما ترى يوجب المسح بشيء من الارض
لكون كلمة من للتبعيض والجواب ان الضمير يحتمل ان يعود الى الحدث او يحمل من على ابتداء الغاية وكذلك يجوز بالغبار
بان نفض ثوبه او لبده مع القدرة على الصعيد لان الغبار ليس بتراب خالص ولكنه من التراب من وجه والمامور
به التيمم بالصعيد فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه واما عند العجز عنه فيجوز كالايماء عند العجز عن
الركوع والسجود بدلا عنهما لانه تراب رقيق فانه من نفض ثوبه يتأدى جزء من التراب وكما يجوز
التيمم بالخشن منه فكذا في الرقيق والشرط في التيمم بالغبار المسح بيده لا مجرد اصابة الغبار حتى لو اصاب وجهه
وذراعيه غبار ونوى التيمم ولكن لم يمسح به وجهه وذراعيه لم يكن متيمما والنية فرض في التيمم خلافا لزفر
هو يقول التيمم خلف عن الوضوء وهو ظاهر لان الخلف هو ما لا يجوز الاتيان به الا عند عدم وجه في الاصل
وما نحن فيه كذلك لا محالة والخلف لا يخالف الاصل في وصفه اي في وصفه الذي هو الصحة فان الوضوء بدون
النية صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها كان الخلف مخالفا للاصل في وصفه وهو لا يجوز ولنا وجه عن الخلفية اذ

ذلك ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه وقد تقدم البحث فيه وقد قيل ايضاً في تقريره التيمم يدل على القصد
والقصد هو النية وامرنا بالتيمم والامر للوجوب فيشترط النية بخلاف الوضوء فان الامر ورد ثمة بالغسل والمسح
ولا دلالة لهما على النية وفيه نظر لان القصد المأمور به هو قصد استعمال التراب وتفسير النية في التيمم ان ينوي
الطهارة او رفع الحدث او الجنابة او استباحة الصلوة وهذا غير ذلك لا محالة فلا يلزم من كون احدهما مأموراً به
ان يكون الاخر شرطاً وقوله اذ جعل طهوراً دليل اخر وتقريره جعل التراب طهوراً مشروطاً بشرط عدم الماء وبشرط ان
يكون التيمم للصلوة لان قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً ابتناء على قوله اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم
والمراد به فاغسلوا للصلوة فكذا قوله فتيمموا للصلوة فكما لا يفيد الطهارة حال وجود الماء فكذا لا يفيد حال
عدم النية **وقوله** والماء طهور بنفسه جواب سؤال تقريره ان الماء ايضاً في الاية جعل طهوراً في حالة مخصوصة كما
ذكرتم وكان الواجب ان يكون النية شرطاً فيه وتقريره ان الماء طهور بنفسه اي عامل بطبعه كما مر فلا يحتاج الى النية
كما في ازالة النجاسة العينية **وقوله** ثم اذا نوى الطهارة في رمضان ظاهر وقوله هو الصحيح من المذهب احترازاً
عما قال به ابو بكر الرازي فانه كان يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث او للجنابة لان التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز
احدهما عن الاخر الا بالنية كصلوة الفرض عن النافلة ووجه ما قال في الكتاب ان التيمم طهارة فلا يلزم به اسبابها
كما في الوضوء **قال** فان تيمم نصراني يريد به الاسلام نصراني يتيمم يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمماً
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة اما القربة فلان الاسلام اعظم القرب واما
انها مقصودة فلان المراد بها ههنا ما لا يكون في ضمن شيء اخر كالشرط واذا كان كذلك صح تيممه كالمسلم يتيمم للصلوة
بخلاف ما اذا تيمم المسلم لدخول المسجد ومس المصحف فانه لا يكون متيمماً لان كل واحد منهما ليس بقربة مقصودة لحصوله
في ضمن شيء اخر ولهما ان التراب ما جعل طهوراً الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام ليس
كذلك لانه يصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة على التفسير الذي ذكرنا ولا يصح بدون الطهارة
قال في النهاية في هذا اللفظ اشارة الى ان الكافر لو نوى قربة بالتيمم لا ينفع تلك القربة بدون الطهارة كان متيمماً
وليس الامر كذلك فان الكافر اذا تيمم للصلوة ثم اسلم لا يجوز الصلوة بذلك التيمم نص على هذا في الاسلام في مبسوطه
بل المعول في التعليل ان يقال الكافر ليس باهل للنية لانها عبادة والتيمم لا يصح بدون النية فكذلك لا يصح منه التيمم
وعن هذا فرق ابو يوسف بين نيته للاسلام ونيته للصلوة فقال يكون متيمماً في الاول دون الثاني وقال لان
الاسلام يصح منه فيصح به التيمم منه للاسلام بخلاف ما لو تيمم بنية الصلوة قربة لا تصح من الكافر ولا تصح نية الصلوة
فيجعل وجود هذه النية وعدمها بمنزلة فبقي التيمم من غير نية فلا يصح وان توضأ النصراني لا يريد به الاسلام ثم
اسلم فهو متوضئ عندنا لان النية ليست بشرط عندنا لعدم اهليته لا تضر وقال الشافعي ليس بمتوضئ لان النية
شرط وهو ليس من اهلها فهو لذلك بناء على اشتراط النية دليل الشافعي ويفهم منه دليلنا فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ
بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر يبطل تيممه لان الكفر ينافي التيمم ابتداء فكذا بقاء كالحرمة في النكاح بان كانا رضيعين
وتزوج كل واحد منهما بالاخر ثم ارضعتهما امرأة فانه يرتفع النكاح واعترض بان الكفر ينافي التيمم باعتبار
كونه عبادة وكونه عبادة انما هو بالنية وليست بشرط عند زفر فيكون اعتراض الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء واجيب
بانه روي عن زفر في رواية اخرى اشتراط فيهما النية للتيمم وقيل المنافاة بينهما باعتبار عدم الاهلية لانه شرع للعاقل
والكافر ليس باهل لها وكان فعله كفعل البهيمة فيكون تيممه باطلاً نوى او لم ينو ويستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية
ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهراً ومعناه ان التيمم عدم كما وجد لكونه فعلاً فيعرض الكفر لا يكون التيمم
موجوداً حتى يبطل لوجود ما ينافيه بل الباقي صفة كونه طاهراً والكفر لا ينافيه فاعتراضه عليه كالاعتراض على الوضوء
وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه وليس البقاء كذلك لوجودها فان قيل الردة تحبط العمل لقوله تعالى
ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله ووضوؤه وتيممه من عمله فكيف يبقيان بعد الردة اجيب بان الردة تحبط ثواب العمل

وذلك

20

قال [illegible] ودلك لا يمنع وذلك الحدث [illegible]
وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء وقد تقدم ان التيمم خلف عن الوضوء [illegible]
[illegible]
على الاستعمال واسناد النقض الى رؤية الماء [illegible]
الحدث السابق [illegible] والناقض حقيقة هو الحدث السابق [illegible]
[illegible]
ذلك والمذكور في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible]
الطهارة الحاصلة [illegible]
[illegible]
وقوله [illegible]
[illegible]
قال [illegible]
[illegible]
وقوله [illegible]
[illegible]

ولو حمل على أن هذا فيما اذا كان بينه وبين ذلك الموضع أقل من ميل لم يستقم أيضا لانه لا فرق في ظاهر تعليل ظاهر
الرواية بين غلبة الظن واليقين فيما اذا كانت المسافة اقل من ميل في عدم جواز التيمم كما انه لا فرق بينهما
فيما اذا كانت المسافة اكثر من ميل في جواز التيمم وقد صرح في اخر هذا الباب أنه اذا غلب على ظنه أن بقربه ماء
لا يجزيه التيمم كما لو تيقن بذلك فعلم أنه مشكل بقي وجه آخر وهو أن يحمل هذا على ما اذا لم يعلم أن المسافة قريبة
أو بعيدة فلو ثبت أنه يتيقن بوجود الماء في آخر الوقت ففي هذه الحالة يجب التأخير في ظاهر الرواية لانه لما تيقن
بوجود الماء في آخر الوقت فقد أمن من الفوات ولما لم يثبت بعد المسافة للتشكك فيه لم يثبت جواز التيمم فيجب
التأخير أما لو غلب على ظنه ذلك فكذلك عندهما في غير رواية الاصول لان الغالب كالمتحقق وفي ظاهر الرواية
لا يجب التأخير لان العجز ثابت لعدم الماء حقيقة وحكم هذا العجز وهو جواز التيمم لا يزول الا بيقين مثله وهو
التيقن بوجود الماء في آخر الوقت ولم يوجد فلا يجب التأخير ولكن هذا الوجه لا يخلو عن تمحل ويلزم عليه أنه فرق
ههنا بين غلبة الظن واليقين في ظاهر الرواية ولم يفرق بينهما فيما اذا غلب على ظنه أن بقربه ماء في عدم جواز
التيمم ولا فيما اذا كانت المسافة بعيدة في جواز التيمم كما بينا قال فالاظهر بقاء الاشكال ويصلي بتيممه أي بالتيمم
الواحد ما شاء من الفرائض والنوافل في وقت واحد واوقات متعددة ما لم يجد الماء او يحدث وعند الشافعي يتيمم
لكل فرض لانه طهارة ضرورية اذ التراب ملوث في نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند رؤية الماء
فلم يرتفع الحدث اذ لو ارتفع الحدث لم يعد الا بحدث جديد ولكن ابيحت الصلوة للضرورة فاذا اصلى الفرض فقد
انبعث الضرورة ولا يعود الا بمجيء وقت آخر وهي في حق النوافل دائمة لدوام شرعيتها فيبقى بالنسبة اليها ولنا
أنه أي التراب طهور يشترط عدم الماء بالنص وكلما هو طهور يشترط يعمل عمله ما بقي شرطه كالماء فانه طهور يشترط
كونه طاهرا ويعمل عمله ما دام شرطه موجودا فان قلت هذه العبارة يقتضي أن يكون وجود الشرط مستلزما
لوجود المشروط وليس كذلك لا محالة فالجواب ان الشرط اذا كان مساويا للمشروط استلزمه وههنا كذلك
فان كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر لا محالة فجاز أن يستلزمه **قال** ويجوز التيمم
للصحيح في المصر الاصل ههنا أن كل ما يفوت لا الى بدل جاز اداؤه بالتيمم مع وجود الماء وصلوة الجنازة عندنا
كذلك لانها لا تعاد عندنا وكذلك صلاة العيد يفوت لا الى بدل وقوله للصحيح احتراز عن المريض فانه يجوز
له التيمم في المصر وغيره وليا كان أو غيره خاف الفوت أو لم يخف وقوله في المصر احتراز عن المفازة لان التيمم
فيها جائز وليا كان أو غيره لعدم الماء فيها غالبا **وقوله** اذا حضرت جنازة لان الوجوب انما هو بحضو
حضورها وقوله والولي غيره لان المتيمم اذا كان وليا لا يجوز له التيمم لانه لا يخاف الفوت لان له حق الاعادة
وقوله يخاف أن يفوته الصلوة لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم وقوله وهو أي عدم جواز التيمم
للولي رواية الحسن عن أبي حنيفة وقوله وهو الصحيح احتراز عن ظاهر الرواية فان الجواب فيه جواز التيمم للولي
لما روي أن ابن عباس قال اذا فجئتك جنازة وانت على غير وضوء فتيمم وصل عليها ولم يفصل بين الولي وغيره وروي
عن ابن عمر في صلوة العيد مثله فان أحدث الامام أو المقتدي في صلوة العيد وكان شروعه بالوضوء يتيمم ويبني
عند أبي حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام وذلك في حكم الصلوة بالجماعة ولا يخاف الفوت
ولأبي حنيفة أن الخوف باق لانه يوم ازدحام فلا يؤمن من اعتراض عارض يعتريه مثل أن يسلم عليه أحد فيرد السلام
أو يهنيه بالعيد فيجيبه أو ما أشبه ذلك فيفسد عليه صلاته وهي لا تقضى لانها لم تشرع الا بجماعة فكان خوف الفوت
باقيا وان كان شروعه بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو أوجبنا عليه الوضوء كان واجدا للماء في صلاته فيفسد
كمتيمم وجد الماء في خلال صلوته فانه يستأنف الصلوة قيل هذا اختيار بعض المتأخرين ومنهم من قال يتوضأ ويبني
لقدرته على الماء والاداء لما مر أن اللاحق يصلي الى آخره وفرق بين هذا وبين متيمم يجد الماء في خلال الصلوة
بأن التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد الى ابتداء وجود الحدث عند اصابة الماء لانه يصير محدثا بالحدث السابق

اذ الاصابة

اذ الاصابة ليست بحدث وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند اصابة الماء بصفة الاستناد بل بالحدث الطارئ على
التيمم ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر وفي بعض النسخ صلى
الظهر أربعا قيل هو تأكيد وقطع الارادة الجمعة بالظهر مجازا لكونها خلفه وقوله لانها أي الجمعة تفوت الى خلف
وهو الظهر جعل الظهر خلفا عن الجمعة وان كان فرض الوقت هو الظهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف والجمعة خلف عنه
قيل اشارة الى أن قول محمد هو المختار وقيل لانه متصور بصورة الخلف فان الجمعة اذا فاتت يصلي الظهر وقوله
بخلاف العيد يعني بخلاف صلاة العيد فانه يتيمم لها اذا خاف الفوت لانها تفوت لا الى خلف حيث لا تقضى وقوله
وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ يعني لا يتيمم لسائر الصلوة المكتوبة اذا خاف فوت الوقت لانها تقضى لا يقال
هذا انما وقع مكررا لما أن هذا الحكم عرف في أول الباب من قوله والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان ذلك
كان قول صاحب الهداية وهذا قول القدوري وقيل لانه علل بتعليل غير التعليل السابق وفيه نظر والله أعلم
قال والمسافر اذا نسي الماء في رحله اذا صلى المسافر بالتيمم والماء في رحله فاما اذا كان الماء به
بان وضعه بنفسه أو غيره بأمره أو لم يكن بان وضعه غيره بغير امره فان كان الثاني فلا اعادة عليه بالاتفاق
لان المرء لا يخاطب بفعل غيره وان كان الاول وصلى بالتيمم ظنا منه فقدان الماء فقد نقل فعليه الاعادة بلا خلاف
لان التفريط جاء من قبله وان كان نسيانا منه ثم تذكر فلا اعادة عليه عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف
عليه الاعادة سواء تذكر في الوقت أو بعده وهو قول الشافعي لان التيمم لعادم الماء وهذا ليس بعادم له
بل هو واجد له عادة لان الماء في رحله ورحله في يده والنسيان لا يضاد الوجود بل يضاد الذكر فلا ينتفي به
الوجدان فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه وصلى عاريا ولان رحل المسافر معدن الماء عادة وهذا
ظاهر وكل ما هو معدن الماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه كمن كان في العمران فانه يفترض عليه طلب
الماء لكونه في معدنه حتى لو جاء قوما ولم ير عندهم ماء فتيمم قبل طلبه منهم وصلى ثم علم انه كان عندهم
ماء لم تجز صلوته ولهما انا لا نسلم أنه واجد لان المراد بالوجود القدرة كما تقدم ولا قدرة الا بالعلم
وقوله وماء الرحل جواب عن الثلثة الثانية وتقريره أن رحل المسافر معدن الماء عادة معدا
للشرب والاستعمال والاول مسلم غير مفيد والثاني ممنوع قوله ومسئلة الثوب على الاختلاف جواب عن
المقيس عليه وتقريره ان الحكم فيه عندنا كالماء فلا ينهض حجة ولئن سلمنا انه على الاتفاق ففرض الستر يفوت
لا الى خلف بخلاف صورة النزاع وهذا طريق المفارقة يعني ان الفرق بينهما موجود فلم لا يجوز أن يكون الحكم
مضافا الى الفارق دون المشترك فلا يصح القياس والاولى أن يجعل ممانعة أي شرط القياس المساواة بين
المقيس والمقيس عليه ولا نسلم وجودها في صورة النزاع لان فرض الستر يفوت لا الى خلف الى آخره وليس على
المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على الظن أن بقربه ماء وقال الشافعي الطلب شرط يمنة ويسرة لقوله تعالى
فلم تجدوا وعدم الوجدان لا يتحقق الا بعد الطلب ولنا أن قوله تعالى فلم تجدوا يقتضي عدم الوجدان
مطلقا عن قيد الطلب فيعمل باطلاقه وهذا اعادم لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فيجعل
واجدا حكما فان الغرض انه ليس بذلك في غالب ظنه حتى لو غلب على ظنه أن بقربه ماء لم يجز التيمم حتى يطلبه
لانه واجد نظرا الى الدليل وهو غلبة الظن لانها قائمة مقام العلم في العبادات ولو علم أن بقربه ماء لم يجز
له التيمم فكذا اذا غلب على ظنه والغلوة مقدار رمية سهم وقيل ثلثمائة ذراع الى اربعمائة ذراع وقيل وان كان
مع رفيقه ماء طاهر **وقوله** ولو تيمم قبل الطلب اجزاءه عند أبي حنيفة ذكر الاختلاف في الايضاح
والتقريب وشرح الاقطع وبين أبي حنيفة وصاحبيه كما ذكر في الكتاب وقال في المبسوط وان كان مع رفيقه
ماء فعليه أن يسأله الا على قول الحسن بن زياد فانه كان يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج وما شرع التيمم الا لدفع
الحرج قوله ولو ابى أن يعطيه الا بثمن المثل هذه على ثلثة أوجه اما ان اعطاه بمثل قيمته في اقرب موضع من الموضع

الذي يعجز عند الماء أو بالغبن اليسير أو بالغبن الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة فان القدرة على البدل قدرة على الماء فيمنع جواز التيمم كما ان القدرة على ثمن الرقبة يمنع التكفير بالصوم وفي الوجه الثالث جاز له التيمم لوجود الضرر فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس مسقط فكذا في المال واختلف في تفسير الغبن الفاحش ففي النوادر جعله في تضعيف الثمن وقال بعضهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقول الحسن البصري يلزمه الشراء بجميع ماله افراط كما ان قول الشافعي الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك السؤال قليلة كانت او كثيرة تفريط نظرا الى اعتباره خوف التلف في النفس والفصل بين الغبن اليسير والفاحش معتبر في الشرع فالمصير اليه اولى

باب المسح على الخفين

انما عقب المسح على الخفين التيمم لان كل واحد منهما طهارة مسح أو لانهما بدلان عن الغسل او من حيث انهما رخصة موقتة الى غاية وكان التيمم بدل الكل والمسح على الخفين جائز بالسنة اي بقول النبي وفعله صلى الله عليه وسلم والاخبار فيه مستفيضة اي كثيرة سابغة فعلا وقولا اما الفعل فقد رواه ابو بكر وعمر والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة انه صلى الله عليه وسلم مسح على خفيه واما القول فقد روى عمر وعلي وجماعة من الصحابة انه صلى الله عليه وسلم قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها وقال المغيرة بن شعبة توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت اصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فاخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال بهذا امرني ربي وعن صفوان بن عسال قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليهن الا عن جنابة ولكن من غائط وبول ونوم وقال الحسن البصري ادركت سبعين نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلهم يرون المسح على الخفين ولكثرة الاخبار فيه قال ابو حنيفة ما قلت بالمسح حتى جاءني مثل ضوء النهار وقال ابو يوسف خبر المسح يجوز نسخ الكتاب لشهرته وعن هذا قيل من لم ير المسح على الخفين اي لم يعتقد جوازه كان مبتدعا وقال الكرخي اخاف عليه الكفر لان الآثار فيه جاءت في حيز التواتر ومما يدل على انه مبتدع ما روي عن ابي حنيفة انه سئل عن مذهب اهل السنة والجماعة فقال هو ان تفضل الشيخين يعني ابا بكر وعمر على سائر الصحابة وان تحب الختنين يعني عثمان وعليا وان ترى المسح على الخفين فان قلت فما الجواب عما نقل عن بعض الصحابة انهم انكروا المسح على الخفين قال ابن عباس لان امسح على ظهر عير في الفلاة احب الي من ان امسح على الخفين وقالت عائشة لان يقطع قدماي احب الي من ان امسح على الخفين قلت ما صح من رجوعهم الى جوازه اما ابن عباس فقد روى تلميذه عطاء بن ابي رباح انه رجع الى قول العامة واما عائشة فقد صح انها قالت ما زال يمسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين بعد نزول المائدة وروى رجوعهما ايضا شريح بن هانئ **قوله** لكن من رآه اسند ذلك من قوله ان من لم يره كان مبتدعا وقوله كان مأجورا اقول هذه رواية خالفت رواية اصول الفقه فان فيها ان المسح على الخفين رخصة اسقاط كالصلوة في السفر والعزيمة لم تكن مشروعة فيها فكيف يؤجر على غير المشروع واجيب بانه انما يكون كذلك ما دام المكلف به متخففا فاما اذا انزع خفيه او احدهما وله ذلك لا محالة لحقه ولا يجوز المسح حينئذ فلم يكن من ذلك النوع وصار ذلك كمن ابطل سفره فانه سقط عنه بسبب رخصة سقوط شطر الصلوة وهذا اللفظ اعني قوله كان مأجورا اتى به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فتابعه المصنف ونعم المتبوع فان قلت ذكر في الذخيرة ان ابا الحسن الرستغفني سئل عن الرجل يرى المسح على الخفين الا انه يحتاط وينزع خفيه عند الوضوء ولا يمسح عليهما فقال احب الي ان يمسح على خفيه اما لنفي التهمة عن نفسه ان يكون من الروافض واما لان قوله وارجلكم قرئ بالخفض والنصب فينبغي ان يغسل حال عدم اللبس ويمسح على الخفين حال اللبس ليصير عاملا بالقراءتين فمن الحق منهما طلب اذ حملت قول ابي الحسن على ان يمسح احيانا لا يتركه بالكلية توافقا فانه ليس في كلام المصنف ما يدل على الدوام اراده

في الفلاة

الا انه

ان لا يمسح اخذا بالعزيمة على الدوام ونفي التهمة يحصل بالمسح احيانا فيحمل على ذلك دفعا للتدافع **قال** ويجوز من كل حدث موجب للوضوء خص القدوري المسح بحدث موجب للوضوء احترازا عن الجنابة على ما يجيء وجعل الحدث موجبا مجازا فانه ناقض الوضوء فلا يكون موجبا لكنه شرط لوجوبه فجاز ان يضاف الايجاب اليه كما في صدقة الفطر **قوله** ويجوز بحدث متأخر اي وخصه بحدث متأخر عن الوضوء لان الخف عهد مانعا لسراية الحدث الى القدم لا رافعا للحدث لان الرافع هو المطهر والخف ليس كذلك قوله ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست والدم سائل ثم خرج الوقت او توضأت فانها لا تمسح لان بخروج الوقت ظهر الحدث السابق وكذلك المتيمم اذا لبس ثم رأى الماء وتوضأ لا يمسح لانه برؤية الماء ظهر الحدث السابق فلو جاز المسح كان الخف رافعا وليس كذلك وقوله ثم خرج الوقت اشارة الى ان لها ان تمسح ما دام الوقت باقيا وليس هذا الحكم مختصرا فيما ذكره وهو اللبس على السيلان بل لو كان الدم سائلا عند الوضوء دون اللبس او عندهما جميعا فالحكم كذلك واما اذا كان منقطعا وقت الوضوء واللبس جميعا فهي والصحيح سواء وقول القدوري اذا لبسهما على طهارة لا يفيد اشتراط كمالها وقت اللبس لان الثابت من المذهب عندنا خلاف ذلك وهو اشتراط الطهارة الكاملة وقت الحدث واعلم ان مراد المصنف من قوله لا يفيد اشتراط الكمال اذا كان هذا القيد في كلام القدوري تسامح وان كان غير ذلك فيحتاج الى بيان لان ظاهر كلام القدوري يفيد ذلك فتأمل وقوله حتى لو غسل رجليه قبل لا يصلح ان يكون نتيجة ما ذكر من اشتراط اللبس على طهارة كاملة فان عدم جواز المسح هنا باعتبار ترك الترتيب في الوضوء لا باعتبار اشتراط الطهارة الكاملة وقت اللبس وانما يظهر ثمرة الاختلاف فيما ذكره في المبسوط وهو ما قال ولو توضأ وغسل احدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الاخرى ولبس الخف ثم احدث جاز له المسح عندنا وقال الشافعي ان لم ينزع الخف الاول لا يجوز له المسح وان نزعه ثم لبسه جاز له المسح لان الشرط ان يكون لبسه بعد اكمال الطهارة ويجوز ان يقال لما اثبت المصنف بالدليل فيما تقدم ان الترتيب في الوضوء ليس بشرط صح ان يبني هذا الفرع على هذا الاختلاف واستدل واستدل على هذا الاختلاف واستدل على ما هو المذهب بقوله لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم وهو ظاهر كما مر وكل ما هو مانع حلول الحدث بالقدم يراعى كمال الطهارة وقت المنع عن حلول الحدث لا وقت [illegible] ناقصة عند لبس الخف [illegible] الحكم [illegible] لا شك انه يكون دافعا لا مانعا [illegible] حلول الحدث بالقدم [illegible] بالغسل [illegible] بقية الاعضاء [illegible] الحدث بمجموع الغسلين الاول والثاني عن الوضوء كان مانعا ودافعا والجواب انا قد اتفقنا ان المسح لا يجوز الا بعد طهارة كاملة وان اختلفنا في وقتها فلو كانت الطهارة ناقصة عند حلول الحدث لم يكن الخف [illegible] الحكمي الحال بالقدم [illegible] بقية الاعضاء ايضا [illegible] المسح على الطهارة كاملة [illegible] فان قلت هذا القيد [illegible] الطهارة الكاملة وقت الحدث [illegible] الطهارة الكاملة وجودها وقت اللبس ايضا [illegible] قلت هذا [illegible] في كلام المصنف [illegible] الحدث [illegible] مستغنى عنها [illegible] والله اعلم

قال ويجوز للمقيم يوما وليلة وقال مالك [illegible] في رواية عنه [illegible] المسافر والمقيم [illegible] وحديث عمارة [illegible] قال يا رسول الله امسح على الخفين قال نعم قلت يوما قال نعم قلت يومين قال نعم حتى انتهيت الى سبعة ايام فقال اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك ولنا ما روى سعد بن ابي وقاص وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليمان في جماعة من الصحابة [illegible] المسح على الخفين غير موقت ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ولنا الحديث المشهور وهو قوله [illegible]

صلى الله عليه وسلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة أيام ولياليها رواه عمر وعلي وجابر وخزيمة وصفوان وعوف بن مالك وأبو بكرة وغيرهم من الصحابة والمشهور لا يترك بالشاذ وقال احمد بن حنبل رجاله لا يعرفون وقال ابو داود وقد اختلف في اسناده وليس بقوي وقال الدارقطني اسناده لا يثبت وقال يحيى بن معين اسناده مضطرب وقال البخاري حديثنا محمول على ان تأويله مراده صلى الله عليه وسلم بيان ان المسح مؤبد غير ممنوع لان لا ينزع خفيه في هذه المدة وعدم الضرورة في المقيم ممنوع فانه يلبس الخف حين يصبح ويخرج لحوائجه ويشق عليه النزع قبل ان يعود الى بيته للاوقات ابتداء مدة المسح عقيب الحدث لا من وقت اللبس كما ذهب اليه الحسن البصري من جواز لبسه فيعتبر من وقته ولا من حين المسح كما ذهب اليه الاوزاعي وابو ثور واحمد في رواية محتجين بان التقدير لاجله فيعتبر من وقته وبيان ذلك فيمن توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف ثم احدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح المقيم الى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو ما بعد طلوع **قال** من اليوم الثاني وعلى القول الثاني الى وقت طلوع الفجر من اليوم الثاني وهو وقت اللبس وعلى القول الثالث الى ما بعد الزوال من اليوم وهو وقت المسح والصحيح قول العامة لان الخف مانع سراية الحدث اي وصوله الى الرجل والمانع عن الشيء انما يكون مانعا حقيقة عند طريان الممنوع والحقيقة اولى بالاعتبار فتعتبر المدة من عنده والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع وقال الشافعي وهو قول مالك السنة مسح اعلى الخف واسفله لما روي ان رسول صلى الله عليه وسلم مسح اعلى الخف واسفله وفي قوله خطوطا بالاصابع وهو منصوب على الحال بمعنى مخططا احترازا عن قول عطا فانه يقول بتثليث المسح اعتبارا بالغسل وذلك لان الخطوط انما يبقى اذا مسح مرة واحدة وكيفيته ذلك ان يبدأ فيضع اصابع يده اليمنى على مقدم خفه الايمن واصابع يده اليسرى على مقدم خفه الايسر ويمدهما الى الساق فوق الكعبين ويفرج بين اصابعه ولو وضع الكف مع الاصابع فهو احسن لان الدليل الدال على المسح على ظاهرها هو حديث المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه ولم يفصل اصابعه وما رواه من انه عليه السلام مسح اعلى الخف واسفله فقد طعن فيه ائمة الحديث مثل ابي داود والترمذي وغيرهما وان صح فمعناه ما يلي الساق وما يلي الاصابع توفيقا بين الادلة ثم المسح على الظاهر حتم اي واجب حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه خلافا للشافعي في قول **وقوله** لانه معدول به عن القياس اذ القياس ان لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي يزيلها كما اشار اليه علي رضي الله عنه بقوله لو كان الدين بالراي لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره ولكني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر الخفين دون باطنهما وانما كان الراي ذلك لان الخف يلاقي الارض بما عليها من طين وتراب وقذر بباطنه لا بظاهره واذا كان معدولا به عن القياس يراعى جميع ما ورد به الشرع به البداءة من الاصابع استحباب حتى لو بدأ من الساق جاز ايضا ووجه الاستحباب الاعتبار بالغسل لان الله تعالى جعل الكعب غاية ولما يأت الشرع ورد بمد اليدين من الاصابع الى اعلاهما وكان الواجب ان تكون البداءة بالاصابع حتما لا مستحبا كالمسح على ظاهرهما فالاعتبار بالاصل ترك لما ورد به الشرع ولذلك التقدير بثلثة اصابع على ما نذكره ترك له فانه عليه السلام مد من الاصابع الى الساق والجواب ما روي انه عليه السلام مسح على خفيه من غير ذكر مد الى الساق فجعل المفروض من اصل المسح مقدار ثلثة اصابع والبداءة سنة جمعا بين الادلة واما التقدير بثلث اصابع فباشارة قوله عليه السلام خطوطا بالاصابع فان اقل الجمع ثلثة واختلفوا في الاصابع فذهب عامة علمائنا الى انها اصابع اليد وقال الكرخي اصابع الرجل لان المسح يقع عليه وهو اكثر الممسوح فيقوم مقام الكل كما في الحلق والاول اصح اعتبارا لالة المسح فان المسح فعل يضاف الى الفاعل لا الى المحل فتعتبر الالة كما في الرأس وذكر ابن رستم عن محمد انه اذا وضع ثلثة اصابع وضعا اجزأه قال القدوري وهذا يدل على انه مقدر باصابع اليد وعن هذا قال في التحفة سواء كان المسح طولا او عرضا لان قوله لو وضع ثلثة اصابع وضعا لا يتقيد بشيء من الطول والعرض **قال** ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير ذوي كبير بالثاء المثلثة من فوق وكبير بالباء الموحدة من تحت والاول يقابله

القليل والثاني يقابله **وقوله** من بعد وان كان اقل من ذلك يرجح الاول وفي هذه المسألة اربعة اقوال الاول قول المنع في القليل والكبير وهو مذهب زفر والشافعي والثاني قول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثوري وقد روي عن مالك والثالث الفصل بين القليل والكبير وهو قول علمائنا وهو الاستحسان والرابع القول بغسل ما ظهر من القدم ومسح ما لم يظهر وهو قول الاوزاعي وجه الاول القياس لان الكبير لما كان مانعا كان اليسير كذلك كالحدث وجه ان الخف يمنع سراية الحدث الى القدم فما دام ينطلق عليه اسم الخف جاز المسح عليه ووجه قولنا وهو الاستحسان ان الخفاف لا تخلوا عن الخرق القليل عادة فان الخف وان كان جديدا فان الدرز والاشافي خرق فيه ولهذا يدخله التراب فيلحقهم الحرج في النزع فجعل عفوا ويخلو عن الكبير فلا حرج وما ذكره من اعتبار اصابع الرجل هو رواية الزيادات لان الخرق اذا كان مقدار ثلثة اصابع منع قطع السفر وقطع السفر انما يتحقق بالرجل فيعتبر اصابعها وقوله هو الصحيح احتراز عن شيئين عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان المعتبر ثلث اصابع من اصابع اليد لانه الة المسح وعما قال شمس الائمة الحلواني المعتبر في الخرق اكبر الاصابع ان كان الخرق عند اكبرها واصغرها ان كان عند اصغرها وقوله لان الاصل ذلك على المقدار والصغر وقوله ولا معتبر بدخول الانامل ظاهر ولم يذكر اذا كان يبدو قدر ثلث انامل من اصابع الرجل قال بعضهم يمنع المسح واليه اشار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم لا يمنع والشرط ان يبدو قدر ثلث اصابع بكمالها واليه مال شمس الائمة الحلواني وقال في النهاية وهو الاصح وقوله ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد لانه يمنع قطع السفر به ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالاخر واضح قيل ينبغي ان يجمع في الخفين ايضا لان الرجلين صارتا كعضو واحد لدخولهما تحت خطاب واحد واجيب بانهما صارتا كعضو واحد في حق حكم شرعي والخرق امر حسي فلا يكونان فيه كعضو واحد كما في قطع المسافة ولهذا لو مد الماء من الاصابع الى العقب جاز ولم يظهر له حكم الاستعمال لانه عضو واحد ولو مد الماء من احد الرجلين الى الاخرى لم يجز والحاصل ان الرجلين شبها بعضو واحد من حيث دخولهما تحت خطاب واحد وبعضوين من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين وقلنا بعدم الجمع نظرا الى الشبه الثاني وبعدم غسل ما فيه الخرق دون الاخر نظرا الى الشبه الاول لئلا يلزم الجمع بين الغسل والمسح فيما هو كعضو واحد وقوله بخلاف النجاسة يعني اذا كان في احد الخفين نجاسة قليلة وفي الاخرى كذلك يجمع بينهما لما ذكر في الكتاب وانكشاف العورة نظير النجاسة في ان المانع انكشاف عين العورة وقد وجد كما ان المانع حمل النجاسة وقد وجد ووجه الرابع واضح وقوله ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل فيه صورته رجل توضأ ولبس الخف ثم اجنب ثم وجد ماء يكفي للوضوء ولا يكفي للاغتسال فانه يتوضأ ويغسل رجليه ولا يمسح ويتيمم وقال شمس الائمة السرخسي الجنابة الزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى بخلاف الحدث الاصغر فانه اوجب غسل اعضاء يمكن ان يجمع بينه وبين مسح الخف وغسال بالغين المعجمة يأتي الغسل والاستدلال به ظاهر لكن يقتضي التصور فان النكث يقتضي تصور الايجاب وقال مولانا حميد الدين الموضع موضع النفي فلا يحتاج الى التصوير وقوله ولان الجنابة تشير الى ان شرعية المسح لدفع الحرج والحرج فيما يتكرر وهو الحدث دون الجنابة **قال** وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء كل ما ينقض الوضوء ينقض المسح لانه بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا للوضوء لم يكن ناقضا له هذا خلف باطل وكذا ينقضه نزع الخف لان الحدث السابق بخروج النجاسة من بدن الانسان كان ممنوع العمل بوجود المانع وهو الخف فاذا زال المانع سرى الحدث الى القدم وعمل عمله وهذا كما ترى على طريقة تخصيص العلل والحاصل معلوم وكذا نزع احدهما ينقض المسح يوجب غسل الرجلين لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وهي غسل الرجلين وقيد بالواحدة لانهما في غيرهما يجتمعان كغسل الجبيرة الوجه واليدين ومسح الوجه الرأس

والرجلين وكذا إذا مضت المدة لما روينا من رواية صفوان أن لا ننزع خفافنا ثلثة أيام قال ابن أبي ليلى المسح
على الخفين قائم مقام غسل القدمين ولو غسل قدميه ولبس خفيه ثم نزع لا يجب عليه غسل الرجلين
فكذا هذا والجواب أنه قائم مقامه شرعا في وقت مقدر فإذا مضى لا يقوم مقامه كطهارة التيمم قوله
وإذا تمت المدة قيل هو تكرار لأنه علم حكمه من قوله وكذا إذا مضت المدة وأجيب بأنه ذكره تمهيدا لما رتب
عليه من قوله نزع خفيه وغسل رجليه إلى آخره **وقوله** ليس عليه إعادة بقية الوضوء احتراز عن قول
الشافعي فإنه يقول عليه أن يعيد الوضوء لأن طهارة الرجلين قد انتقضت بمضي مدة المسح وانتقاض الطهارة
مما لا يتجزى فصار كالمنتقض بالحدث والجواب أن الحدث اسم لخارج نجس والمضي والانتقاض ليس كذلك
وإنما سرى حدث كان قبل ذلك إلى الرجلين خاصة لأن غسل سائر الأعضاء قد وجد عن ذلك سواهما فلا يجب
غسلهما ثانيا ما لم يوجد الحدث في حقهما وكان كمن توضأ ولم يغسل رجليه يجب غسلهما وقد روي عن عمر
أنه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد الوضوء وهكذا روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم **وقوله** وكذا إذا نزع قبل المدة معناه ليس عليه إعادة الوضوء وقوله لأن عند النزع دليل ومضي
المدة والنزع قبل المدة وقد قررناه اتفاقي نزع الخف وجواب الشافعي وطولب بالفرق بين هذا وبين ما
إذا مسح الرأس بخلاف الخف فإنه مانع سراية الحدث إلى ما تحته شرعا فإذا زال سرى الحدث إليه وحكم
النزع وهو النقض يثبت بخروج القدم إلى الساق لأنه أي الشأن والساق على تأويل المذكور لا معتبر به في حق
المسح لأنه ليس بمحل له وما لا معتبر به في حقه فالخروج إليه نافض لخروجها من الخف وقوله وكذا بأكثر القدم
أي يثبت حكم النزع بخروج أكثر القدم إلى ساق الخف هو الصحيح هذا هو المروي عن أبي يوسف وهو قول الحسن
بن زياد ووجهه أن الاحتراز عن خروج القليل متعذر لأنه ربما يحصل بدون القصد كما إذا كان الخف واسعا
إذا رفع القدم يخرج العقب وإذا وضعها عادت العقب إلى مكانها فلو قلنا بنقض المسح في مثله وقع الناس في الحرج
بخلاف الكثير فإن الاحتراز عنه ليس بمتعذر وروي عن أبي حنيفة إذا خرج أكثر العقب من موضعه إلى الساق بطل
مسحه يعني به إذا ابتدأ به نزع الخف بحركة للنزع حتى زال العقب وأما إذا زال العقب باعتبار سعة الخف فلم
يبطل إجماعا للحرج كما ذكرنا ووجه قوله أن المسح إنما يبقى ببقاء محل الغسل في الخف ولم يبق بزوال العقب أو أكثرها
إلى الساق فلا يبقى المسح وعن محمد إن بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز عليه المسح جاز وإلا فلا يعني إذا قصد
النزع كما ذكرنا اعتبر في ذلك بقاء مقدار محل ما يكون المسح لأن خروج ما سواه كلا خروج **قال** ومن
ابتدأ المسح وهو مقيم • هذه على أوجه ثلثة في وجه تحول مدته إلى مدة السفر بالاتفاق وهو ما إذا سافر
قبل أن ينتقض الطهارة التي لبس عليها الخفين وانتقضت الطهارة وهو مسافر فإنه تحول مدته إلى مدة
السفر بالاتفاق وفي وجه لا تحول بالاتفاق وهو ما إذا سافر بعد ما أحدث وبعد ما استكمل مدة المقيم
وفي وجه وهو ما إذا سافر بعد ما أحدث قبل استكمال مدة المقيم تحول عندنا خلافا للشافعي قال المسح عبادة
شرع فيها على حكم الإقامة وكل ما شرع فيها على حكم الإقامة لا يتغير بالسفر كما إذا شرع في الصوم وهو مقيم
ثم سافر وكما إذا شرع في الصلوة في سفينة في المصر ثم سارت السفينة فلا يصير مسافرا في صلوته فإنها
لا تتغير لأن حالة العزيمة وحالة السفر حالة رخصة فإذا اجتمعا في عبادة غلبت العزيمة على الرخصة ولنا إطلاق
الحديث فإنه لم يفصل بين مسافر ومسافر فيمسح كسائر المسافرين ولأنه حكم متعلق بالوقت وكل ما هو كذلك
يعتبر فيه آخر الوقت كالحائض إذا طهرت فيه تجب عليها الصلوة والطاهرة إذا حاضت فيه سقطت عنها والمسافر
إذا أقام في آخر الوقت يتم والمقيم إذا سافر فيه قصر وليس كالصوم والصلوة لا يتجزآن فاعتبار الإقامة
في أول الصوم لا يبيح الفطر واعتبار السفر في آخره يبيح فيترجح جانب الحرمة وكذلك في الصلوة يترجح جانب
الإقامة للاحتياط وأما الوقت فمما يتجزى فلم يجتمع الإقامة والسفر في وقت واحد فكان الاعتبار للموجود وهو

السفر

السفر وقوله بخلاف ما إذا استكمل إلى آخره ظاهر قوله ومن لبس الجرموق يعني قبل أن يحدث مسح عليه والجرموق
الخف وساقه أقصر من الخف وقال الشافعي لا يمسح عليه لأن الخف بدل الرجل والبدل لا يكون له بدل يعني
بالرأي وهو لا يجوز ولنا ما روي عن عمر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين وقال محمد
في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح على الجرموقين ثم لو مسح على خف ذي طاقين
ثم نزع أحد طاقيه أو كان الخف مشعرا فمسح عليه ثم حلق الشعر فإنه لا يجب إعادة المسح أجيب بأن الجرموق ليس بتبع
من حيث الأصل لأنه لو لبسه منفردا جاز المسح عليه كالمسح على الخف وإذا زال بالنزع زالت التبعية وحل
الحدث بما تحته فيجب إعادة المسح وأما طاقا الخف فكشيء اتصل أحدهما بالآخر كانا كالشعر مع البشرة وقد تقدم
أنه إذا مسح على الرأس ثم حلقه لا يجب عليه الإعادة وقوله وهو بدل عن الرجل لا عن الخف جواب عن قول الخصم
البدل لا يكون له بدل وتقريره أنا لا نسلم أنه بدل الخف وإنما هو بدل عن الرجل كالخف لأن الخف لم ينعقد فيه حكم
المسح بعد قيل لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع الخفين وليس كذلك وكان بدل الخف ولزم
بدل البدل وأجيب بأنه بدل الرجل ما لم يحل الحدث بالخف فإذا نزع زال البدل عنه وحل الحدث بالخف
فكان الخف بدلا عن الرجل إذ ذاك ولزمه المسح عليه وقوله ولو كان الجرموق من كرباس ظاهر **قال** ولا
يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة المسح على الجوربين على ثلثة أوجه في وجه يجوز بالاتفاق وهو ما إذا كانا
ثخينين منعلين وفي وجه لا يجوز بالاتفاق وهو أن لا يكونا ثخينين ولا منعلين وفي وجه لا يجوز عند أبي حنيفة خلافا
لصاحبيه وهو أن يكونا ثخينين غير منعلين يقال جورب منعل ومنعل إذا وضع على أسفله جلد كالنعل للقدم والمجلد
هو وضع الجلد أعلاه وأسفله وقوله يستمسكان تأكيد للثخانة من تنشف الثوب إذا رق حتى رأيت ما وراءه من باب ضرب
لهما حديث أبي موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجوربين ولأنه يمكنه المشي فيه إذا كان ثخينا
يستمسك على الساق من غير أن يربط فأشبه الخف فيلحق به ولأبي حنيفة أن الإلحاق إنما يصح إذا كان في معناه من
كل وجه وليس كذلك لأن الخف يمكن مواظبة المشي فيه دون الجورب إلا إذا كان منعلا وهو محمل حديث أبي موسى
على أن أبا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل ولا بالقوي وعن أبي حنيفة أنه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده
فعلت ما كنت أمنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه إلى قولهما قال المصنف وعليه الفتوى **قال** ولا
يجوز المسح على العمامة إلى آخره يبدئ نفي قول من يجوز له المسح على العمامة كالأوزاعي وأحمد بن حنبل وأهل الظاهر
قالوا صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته وخفيه وقلنا المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج
ولا حرج في نزع هذه الأشياء والتمسك بالحديث ضعيف لأن قوله تعالى وامسحوا برؤسكم يقتضي عدم جواز
غير الرأس فالعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ فلا يجوز أو هو منسوخ قال محمد رحمه الله
أخبرنا مالك قال حدثنا نافع قال رأيت صفية ابنة أبي عبيد توضأت ونزعت خمارها ثم مسحت برأسها وأنا
يومئذ صغير قال محمد وبهذا نأخذ لا يمسح على خمار ولا على عمامة بلغنا أن المسح على العمامة كان فترك والقفاز
بالضم والتشديد شيء يعمل لليدين يحشى بالقطن ويكون له أزرار تزر على الساعدين من البرد تلبسه المرأة في يديها
كذا في الصحاح **وقوله** ويجوز المسح على الجبائر قاضي خان إذا كان يضره المسح على الجراحة وأما إذا لم يضره
فلا يمسح على الجبائر والجبائر جمع جبيرة وهي العيدان التي تجبر بها العظام وإنما قال ذلك لأنها على غير وضوء
لأنها إنما ترتبط حالة الضرورة واشتراط الطهارة في تلك الحالة تفضي إلى الحرج والأصل في ذلك ما قال في
الكتاب أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل وأمر عليا بذلك حيث كسر زنده يوم أحد قبل يوم خيبر فإنه كان حامل
راية رسول الله صلى الله عليه وسلم فكسر زنده وسقط اللواء من يده فقال عليه السلام اجعلوا في يساره فإنه
صاحب لوائي في الدنيا والآخرة فقال ما أصنع بالجبائر فقال عليه السلام امسح عليها من غير فصل بين المحدث
وغيره **وقوله** ولأن الحرج فيه ظاهر وأرى أن في قوله ويجوز المسح إشارة إلى أن مسح الجبائر ليس بفرض

عند ابي حنيفة وان لم يضره ولا واجب وذلك لان الروايات قد اختلفت فقال في شرح الطحاوي و[illegible]
المسح على الجبائر ليس بفرض عند ابي حنيفة وان لم يضره بل هو مستحب وفي المحيط انه واجب عنده ولا تجوز الصلوة
بدونه خلافا لهما فالامر عليا به والامر للوجوب وقال المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لو كان
واجبا فكذا المسح وهذا ارشد الى ان الامر للاستحباب **وقوله** ويكتفي بالمسح على اكثرها لم يذكر في ظاهر
الرواية انه اذا مسح على بعض الجبائر دون بعض هل يجزيه ام لا وذكر في املاء الحسن بن زياد انه اذا مسح على
الاكثر اجزاه وان مسح على النصف لا يجزيه والفرق بينه وبين مسح الراس والمسح على الخفين حيث لا يشترط فيهما
الاكثر ومسح الراس شرع بالكتاب والباء دخلت المحل فاوجب تبعيضه والمسح على الخفين ان كان حكمه حكم المعطوف عليه
وان كان بالسنة فهي اوجبت مسح البعض واما المسح على الجبائر فانما ثبت بحديث علي رضي الله عنه وليس فيه ما
ينبئ عن البعض الا ان القليل سقط اعتباره دفعا للحرج واقيم الاكثر مقامه. **قوله** ولا يتوقت بيان الفرق بين
مسح الخف والجبيرة وذلك بامور منها ما تقدم من قوله وان شدها على غير وضوء فان المسح على الخف من غير
طهارة لا يجوز كما تقدم ومنها انه لا يتوقت بوقت مقدر لعدم التوقيف بالتوقيت حيث لم يرد فيه اثر ولا خبر والمقادير
لا تعرف الا سماعا فيمسح الى وقت البرء ومنها ان الجبيرة ان سقطت عن غير برء لم يبطل المسح بخلاف الخف فانه اذا
نزع بطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا حتى لو مسح على جبيرة احدى
الرجلين لا يجوز المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون جامعا بين الغسل حكما وبين المسح وان سقطت عن برء بطل لزوال
العذر وان كان سقوطها في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فصار كالمتيمم
يجد الماء في خلال صلاته فانه يستقبلها كذلك قيل يشكل على هذا ما اذا صلى ركعة او ركعتين بالتحري ثم تبينت
جهة الكعبة فانه يبني ولا يستقبل مع ان جهة التحري بدل عن جهة الكعبة واجيب بان ذلك بطريق النسخ لما قبله
كان اصله كان بطريق النسخ فبقي في حق التحري كذلك والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الغائب فلذلك يبني ولا يستقبل

باب الحيض

اختلف الشارحون في التعبير عن الحيض
والنفاس بانهما من الاحداث او الانجاس فمنهم من ذهب الى الثاني ومنهم من ذهب الى الاول وهو الانسب
لان المصنف يقول بعد هذا باب الانجاس وتطهيرها ولما فرغ من الاحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو اقل
وقوعا منه ولقب الباب بالحيض دون النفاس لكثرته او لكونه حالة معهودة في بنات آدم دون النفاس والحيض
لغة هو الدم الخارج ومنه حاضت الارنب وعند الفقهاء دم ينفضه رحم المراة السليمة عن الداء والصغر
قوله السليمة عن الداء احتراز عن النفاس **وقوله** والصغر احتراز عما تراه الصغيرة وشرطه تقدم
نصاب الطهر حقيقة او حكما وفراغ الرحم عن الحبل واقل الحيض اي اقل مدته ثلثة ايام ولياليها وما نقص من
ذلك فهو استحاضة عندنا وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله يومان والاكثر من اليوم الثالث
وقال مالك رحمه الله ما يوجد ولو ساعة وقال الشافعي رحمه الله يوم وليلة ولنا ما روى ابو امامة الباهلي
وعائشة وواثلة وانس وابن عمر رضي الله عنهم انه صلى الله عليه وسلم قال اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة
ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعثمان بن ابي العاص وانس
وابن عمر ابن مالك رضي الله عنهم والمروي عنهم كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف
قياسا ولابي يوسف ان الدم لا يسيل على الدوام بل يسيل تارة وينقطع اخرى فيقام الاكثر من اليوم الثالث وهو
سبع وستون ساعة على ما ذكره في النوادر مقام الكمال ولمالك ان هذا نوع حدث فلا يتقدر اقله بشيء كسائر
الاحداث وللشافعي ان السيلان لما استوعب جميع الساعات عرفنا ان الدم من الرحم فلا حاجة الى الاستظهار
لشيء آخر والجواب انه نقص عن تقدير الشرع وذلك لا يجوز واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة وقال الشافعي
رحمه الله خمسة عشر يوما وهو قول ابي حنيفة الاول لقوله صلى الله عليه وسلم في نقصان دين المراة تقعد

احداهن

احدىهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد به زمان الحيض والشطر هو النصف ولنا ما روي من قوله صلى
الله عليه وسلم واكثره عشرة ايام لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره وليس المراد بالشطر حقيقته لان في
عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا ان المراد ما يقارب الشطر
حيضا فاذا قدرنا بالعشر لهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق ومن المتاخرين من انكر ان المراد
بالشطر حقيقته وقال هو حاصل فيما قلنا فان المراة اذا بلغت خمس عشرة سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة ايام
ثم ماتت بعد ستين سنة كانت تاركة للصلوة شطر عمرها **وقوله** وما تراه المراة بيان الوانه
وهي ستة السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية ولم يذكر السواد لانه لا اشكال في كونه
حيضا لقوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض اسود عبيط محتدم اي طري شديد الحمرة الى السواد واما الحمرة
فهي اللون الاصلي للدم الا ان عند غلبة السواد يضرب الى السواد وعند غلبة الصفراء يرق فيضرب الى الصفرة
ويتبين ذلك لمن افتصد فالصفرة ايضا من الوان الدم اذا رق وقيل كصفرة السن او كصفرة التبن واما الكدرة
فلونها كلون الماء الكدر وهي حيض في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ترى البياض خالصا سواء رأت
في اول ايامها او في اخرها وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من
الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي لان الكدرة من كل شيء يتبع صافيه فلو جعلناها حيضا ولم يتقدم عليها
دم كانت مقصودة لا تبعا ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا حدث
مالك في موطاه عن علقمة ابن ابي علقمة عن امه مولاة عائشة ام المؤمنين رضي الله عنها انها قالت كانت
النساء يبعثن الى عائشة رضي الله عنها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض يسألنها عن الصلوة
فتقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد شيء يخرج من اقبال النساء
بعد انقطاع الدم شبه الخيط الابيض وقيل هي الجص شبهت الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص يعني تخرج الخرقة
التي تحتشي بها كالجص الابيض وقيل وتعتبر اللون حين ترفع الخرقة وهي طرية لا بعد الجفاف لان اللون يتغير
بالاسباب وهذا الذي فعلت عائشة رضي الله عنها لا يعرف الا سماعا فيحمل على انها سمعت ذلك من رسول الله
صلى الله عليه وسلم فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم دم الحيض اسود عبيط يدل على ان هذه الاشياء ليست
بحيض وهو اقوى من فعل نفسه عائشة رضي الله عنها فلا يجوز تركه به اجيب بانه من باب تخصيص الشيء بالذكر
ولا دلالة له على نفي ما عداه **وقوله** فم الرحم منكوس جواب عن قول ابي يوسف لتأخر خروج الكدرة
الكدر عن الصافي وكانه قال بالموجب اي نعم هو كذلك اذا لم يكن المخرج من اسفل اما اذا كان كالجرة ثقب
اسفلها فان الكدرة تخرج اولا واما الخضرة فقد انكر بعض مشايخنا وجوده وقال مستبعد الا انها اكلت قصيلا
وذكر ابو علي الدقاق رحمه الله ان الخضرة نوع من الكدرة قال المصنف رحمه الله ان كانت المراة من ذوات
الاقراء كانت حيضا ويحمل على فساد الغذاء الا انها اكلت غذاء فاسدا افسد صورة دمها وان كانت كبيرة اي آيسة
وهي ان يكون في خمس وخمسين سنة على ما هو المختار وقيل في خمسين وقيل في سبعين لا يكون حيضا ويحمل على
فساد المنبت فان الدم في الاصل لا يكون اخضر ولم يذكر المصنف التربية وهي ما يكون لونه كلون التراب
وهي نسبة الى التراب لانها نوع من الكدرة فهي على الاختلاف المذكور وروي التريّة بوزن التريعة
والتريّة بوزن التريعة وهي لون خفي يسير اقل من صفرة وكدرة وقيل من الترية لانها على لونها ولم
يذكروا ان الحيض واختلفوا في ادنى مدة يحكم ببلوغها اذا رأت الدم فيها قال ابو نصر بن سلام بنت ست
سنين اذا رأت الدم وتمادى بها ثلاثة ايام وبعضهم قدره بسبع سنين ومحمد بن مقاتل قدره بتسع
سنين وابو علي الدقاق بثنتي عشرة سنة واكثر المشايخ على ما قاله محمد بن مقاتل **قال** والحيض
يسقط عن الحائض الصلوة هذا بيان احكام الحيض قال في النهاية وغيره انها اثنى عشر ثمانية يشترك فيها

الحيض والنفاس واربعة مختصة دون النفاس فاما الثمانية فترك الصلاة لا الى قضاء وترك الصوم الى
قضاء وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف بالبيت وحرمة قراءة القرآن وحرمة مس المصحف
بدون الغلاف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل عند انقطاع الحيض والنفاس واما الاربعة المخصوصة
فانقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاق السنة والبدعة فالسبعة الاولى تتعلق ببروز
الدم عندهما وبه جاوزته موضع البكارة وعن محمد انها تتعلق بالاحساس بالبروز فلو توضأت ووضعت الكرسف
ثم احست بنزول الدم من الرحم الى الكرسف قبل غروب الشمس ثم رفعت الكرسف بعد غروبها فالصوم تام
وعن محمد في غير ظاهر الرواية انها تقضيه والثامن يتعلق بنصاب الحيض وبتمته الى ابتدائه والاربعة الباقية
تتعلق بانقضائه قوله يسقط عن مذهب القاضي ابي زيد على حقيقته لان عنده نفس الوجوب ثابت عليها
كالصبي والمجنون لقيام الذمة الصالحة للايجاب لكن يسقط بالعذر واما على قول غيره فيكون يسقط مجازا
للمنع وانما قال يحرم عليها الصوم ولم يقل يسقط اشارة الى انه يقضي قيل المبتداة اذا رأت دما تركت
الصلوة والصوم عند اكثر مشايخ بخارى فقالت احرورية انت كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم اذا طهرت تقضي الصوم ولا تقضي الصلوات وعن ابي حنيفة رحمه الله حتى يستمر الدم الى ثلاثة ايام
وتقضي الصيام ولا تقضي الصلوة لقوله عائشة رضي الله عنها روي ان امرأة سألتها فقالت ما بال احدانا تقضي
الصيام ايام الحيض ولا تقضي الصلوة فان قيل وجوب القضاء يبتنى على وجوب الاداء في الاحكام فكيف يخالف هذا
الحكم اجيب بان الاصل ذلك لكن هذا ثبت بالنص على خلاف القياس **قوله** ولا في قضاء الصلوات حرجا
ظاهرا وعدم وجوب قضاء الصلوات لم يحتج الى دليل لانه على الاصل وانما احتاج الى ذلك في قضاء الصيام وقد
انضاف الى النص عدم افضائه الى الحرج فوجب ولا تدخل المسجد وكذلك الجنب لما ذكر في السنن مسندا الى عائشة
رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو
باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور فانه لم يفصل بين الدخول للمرور
وبينه للاقامة ولا يتمسك بقوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل لان اهل التفسير قالوا الآية معنى ولا
المراد بالصلوة حقيقتها اذ الكلام للحقيقة وقوله الا عابري اي الا مسافرين والمسافر يسمى عابرا فيكون
معناه والله اعلم الا مسافرين فانه يباح لهم الصلوة قبل الاغتسال بالتيمم وصورة هذه المسألة قال في المبسوط
مسافر مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فانه يتيمم لدخول المسجد عنده وقال الشافعي رحمه الله جاز
ان يدخل مجتازا ولا يطوف بالبيت لان الطواف في المسجد فلما كان الطواف في المسجد كان الحكم معلوما
من قوله ولا تدخل المسجد واجيب بانه صرح بذلك لان الدخول قد يكون عند الطهارة فيوهم جواز الطواف
ولكن كذلك حتى لو طاف خارج المسجد لم يجز وجاز للطهارة ولو علل بقوله لان الطواف بالبيت صلوة كان اشمل
واندفع السؤال **وقوله** ولا باستمتاع وجماع اي لا يطأها طاهر وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن
لقوله عليه السلام لا يقرأ الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك رحمه الله فانه يجوزها للحائض
لكونها مضطرة محتاجة الى القراءة عاجزة عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب فانه قادر عليه بالغسل او التيمم وهو
اي الحديث باطلاقه اي بعمومه لان شيئا نكرة في سياق النفي يتناول ما دون الآية فيمنع عن قراءته كالآية
فيكون حجة على الطحاوي في اباحة قراءة ما دون الآية للحائض والنفساء والجنب مستندا بان المتعلق بالقرآن
حكمان جواز الصلوة ومنع الحائض عن القراءة ثم في احدى الحكمين يفصل بين الآية وما دونها فكذلك في الحكم
الاخر وقال الكرخي يمنع عن قراءة ما دون الآية ايضا على قصد قراءة القرآن كما يمنع عن قراءة الآية التامة
لان الكل قرآن فان لم يقصد نحو ان يقرأ الحمد لله شكرا للنعمة فلا بأس به وذكر الحلواني عن ابي حنيفة رحمهما الله
لا بأس للجنب ان يقرأ الفاتحة على وجه الدعاء قال الهندواني لا افتي بهذا وان روي عنه قيل والمختار الجواز

وليس

يعني انما يحكم ببلوغها اذا استمر الدم الى ثلثة ايام فحينئذ يكون الاستمرار يحكم ببلوغها من اول يوم رأت الدم فتعامل بجميع الاعمال التي عملتها بعد ذلك البلوغ معاملة البالغات

محمد

وليس لهم اي للحائض والنفساء والجنب مس المصحف الا بجزء طاهر **قال** لقوله عليه السلام رواه مالك في
الموطأ والدارقطني فان قلت ما بال المصنف لم يستدل بقوله تعالى انه لقرآن كريم في كتاب مكنون لا يمسه
الا المطهرون فانه ظاهر في النهي عن مس المصحف لغير الطاهر قلت لان نقض العلماء حملوه على الكرام البررة فكان
محتملا فترك الاستدلال به وقوله بين الحدث والجنابة حلا اليد الى آخره لبيان مشاركتهما في حرمة المس وافتراقهما
في حكم القراءة تقريره لما ثبت حكم الحدثين في اليد لم يجز مس المصحف باليد لهما جميعا ولما لم يثبت حكم الحدث في
الفم حيث لم يجب غسله وثبت حكم الجنابة فيه حيث وجب غسله جازت قراءة المحدث دون الجنب قال فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير فان غسل الجنب فمه ليقرأ او يده ليمس او غسل المحدث يده ليمس لم يطلق القراءة ولا المس
للجنب ولا المس للمحدث هكذا هو الصحيح لان ذلك لا يتجزى وجودا وزوالا وعلاقة ما كان متجافيا عنه اي مباينا
بان يكون شيئا لا بالتأثير المائي والمنوي ولا يكون متصلا به كالجلد المشرز ينبغي ان لا يكون تابعا للمأمور كالكم ولا للمس
كالمتصل بالجلد المشرز وقال صاحب التحفة اختلف المشايخ في الغلاف فقال بعضهم هو الكم وقال بعضهم هو الخريطة
وهو الصحيح لان الغلاف للمصحف والكم تبع للحامل والخريطة ليست بتبع لاحدهما **وقوله** فقوله هو الصحيح الاول ورد
للاول وقوله هو الصحيح الثاني ورد للثاني وقوله خلاف كتب الشريعة يعني كتب الحديث والفقه حيث رخص لاهلها
في مسها بالكم لانه ضرورة وفيه اشارة الى ان مسها بلا طهارة مكروه وقوله ولا بأس بدفع المصحف للصبيان معناه
لا بأس بان يدفع الطاهرون المصحف الى الصبيان المحدثين لانه لو لم يكن كذلك فاما ان يمنع عنهم المصحف وفيه تضييع
حفظ القرآن او يؤمروا بالتطهير وفيه حرج عليهم لانهم لم يكلفوا كذلك ويجوز ان يكون معنى قوله وفي الامر
بالتطهير وفي امر الاولياء بتطهير الصبيان لحفظهم عن الاثر المذكور منهم الحرج حرج بالاولياء والمعلمين الدافعين
وقوله هو الصحيح احتراز عما روي عن بعض مشايخنا ان دفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن اليهم مكروه بناء
على ان الدافع مكلف بعدم الدفع **قال** واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام وكان عند تمام عادتها
لم يحل وطيها حتى تغتسل لان الدم يدر بكسر الدال وضمها اي يسيل تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح
جانب الانقطاع بوجود ما زاد على زمان عادتها من مدة الاغتسال فيحل وطيها لصيرورتها من الطاهرات حقيقة
ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطيها لان الصلوة
صارت دينا عليها فصارت من الطاهرات حكما لان الشرع اذا حكم عليها بوجوب الصلوة ولا يصح ذلك حال كونها
حائضا دل عليها انه حكم بطهارتها وفي بعض النسخ او يمضي عليها وقت صلوة كاملة وقيل عليه ان كان كاملا
صفة للوقت كان مرفوعا وليس بمروي وان كان صفة للصلوة فان الواجب كاملة واجيب بانه صفة للوقت
والجر للجوار كما في حجر ضب خرب ومعناه الكامل في السببية فانه اذا انقطع الدم في آخر الوقت بحيث ان يمكن
ان تغتسل وتحرم للصلوة كان ذلك المقدار كاملا في ايجاب الصلوة عليها كان مضى كامل الوقت عليها وهي
منقطع الحيض كاملا في ذلك وليس معناه ان مضى كامل الوقت على معنى انه انقطع دمها في اول الوقت ودام
الانقطاع حتى مضى الوقت شرط في كونها من الطاهرات في حل القربان ووجوب الصلوة وعلى هذا لا فرق
في العبارتين من حيث المعنى الا ان الاولى اوضح في تأديته **وقوله** ولو كان انقطع الدم دون عادتها
طاهر **وقوله** فوق الثلث مستغنى عنه خارج مخرج الغالب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطيها قبل الغسل وحل
الوطي ليس يتوقف على انقطاع الدم لكن ذكره بمقابله واذا وقوله واذا انقطع الدم وذلك لما ذكر انه لا مزيد
للحيض على العشرة وتجب عليها الصلوة لانها بمجرد انقطاع الدم خرجت من الحيض فاذا ادركت جزءا من
الوقت قليلا كان او كثيرا كان عليها قضاء تلك الصلوة خلاف ما اذا كان ايامها دون العشرة فان فيه
مدة الاغتسال من جملة حيضها فلا بد من الوقت مقدار ما يمكنها ان تغتسل فيه وتحرم للصلوة لتصير
مدركة لجزء من الوقت بعد الطهارة ليجب عليها قضاء تلك الصلوة **وقوله** الا انه لا يستحب استثناء

فان قلت اذا كانت المرأة كتابية حل وطيها بلا غسل اذا كان الانقطاع لاقل من عشرة قلنا [illegible]

من قوله حل وطيها يعني أنه لا يحل وطيها قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد فان ظاهر النهي منها يوجب حرمة القربان قبل الاغتسال في الحالين باطلاقه كما قال زفر والشافعي رحمهما الله **قال** والطهر المتخلل بين الدمين في مدة الحيض اذا احاط الدم بطرفي مدة الحيض كان كالدم المتوالي وهو رواية محمد عن أبي حنيفة رحمه الله ووجهه ما ذكره في الكتاب أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط فيعتبر اوله وآخره والطهر المتخلل بينهما تبع لهما كالنصاب في باب الزكاة فان شرط وجوبها كمال النصاب في طرفي الحول والنقصان في خلاله لا يضر مثاله مبتداة رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها كالدم المتوالي لاحاطة الدم بطرفي العشرة ولو رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منه حيضا وعن أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقيل هو آخر أقوال أبي حنيفة ان الطهر اذا كان أقل من خمسة عشر يوما لا يفصل بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد لا يصلح بين الحيضتين لان أقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فلذلك لا يصلح للفصل بين الدمين لان الفاسد لا يتعلق به احكام الصحيح شرعا فكان كالدم المتوالي مثاله مبتداة رأت يوما دما وأربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة من أول ما رأت عنده حيض يحكم بلوغها به وكذلك اذا رأت يوما دما وطهرا أو يوما دما **قوله** والاخذ بهذا القول أي قول أبي يوسف أيسر يعني للمفتي والمستفتي لان في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها واعلم ان احاطة الدم للطرفين شرط بالاتفاق لكن عند محمد لطرفي مدة الحيض كما تقدم وعلى هذا لا يجوز بداية الحيض ولا ختمه بالطهر لان الطهر ضد الحيض والشيء لا يبدأ بضده ولا يختم به وعند أبي يوسف لطرفي الطهر المتخلل وعلى هذا يجوز بداية الحيض بالطهر وختمه أيضا فيجوز بدايته به اذا كان قبله دم ولا يختم به حينئذ ويجوز ختمه به اذا كان بعده دم لا قبله مثال قول أبي يوسف من المسائل امرأة عادتها في أول كل شهر خمسة فرأت قبل أيامها بيوم دما ثم طهرت خمسها ثم رأت يوما دما فعنده خمسها حيض اذا جاوز المرئي عشرة لاحاطة الدمين بزمان عادتها وان لم تر فيه شيئا واما اذا لم يجاوز فيكون جميع ذلك حيضا وكذلك لو رأت قبل خمسها يوما دما ثم طهرت أول يوم من خمسها ثم رأت ثلثة دما ثم طهرت آخر يوم من خمسها ثم رأت بعدها الدم فحيضها خمستها عنده وان كان ابتداء خمسة وختمها بالطهر لوجود الدم قبله وبعده وان الطهر المتخلل بين اذا كان دون ثلثة لا يكون فاصلا بالاتفاق وما دون خمسة عشر كذلك عند أبي يوسف كما مر آنفا وعند محمد اذا بلغ ثلثة فصاعدا فان استوى الدم والطهر في أيام الحيض أو غلب الدم فكذلك وان غلب الطهر صار فاصلا وحينئذ ان لم يمكن جعل كل واحد منهما بانفراده حيضا لا يكون شيء منه حيضا وان امكن ذلك جعل حيضا سواء كان المتقدم أو المتأخر وان امكن جعل كل واحد منهما جعل أسرعهما امكانا حيضا فقط وان لم يتخلل بينهما ما مر مثاله مبتداة اذا رأت يوما دما ويومين طهرا ويوما دما فالاربعة حيض ولو رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما لم يكن شيء منها حيضا لغلبة الطهر ولو رأت يوما دما وثلثة طهرا ويومين دما فالستة كلها حيض لاستوائهما فغلب الدم لما أن اعتبار الدم يوجب حرمة الصوم والصلوة وان اعتبار الطهر يوجب حل ذلك واذا استوى الحلال والحرام يغلب الحرام كما في التحري في الاواني فان الغلبة اذا كانت للنجاسة وكانا سواء لا يجوز التحري فهذا مثله وان رأت ثلثة دما وستة طهرا ويوما دما فحيضها الثلاثة الاولى لان الطهر غالب فصار فاصلا والمتقدم بانفراده يمكن ان يجعل حيضا فجعلناه حيضا ولو رأت يوما دما وخمسة طهرا وثلثة دما فحيضها الثلاثة الاخيرة لما بينا ولو رأت ثلثة دما وستة طهرا وثلثة دما فحيضها الثلثة الاولى لانه اسرع امكانا فان قيل قد استوى الدم بالطهر فلم لم يجعل كالدم المتوالي اجيب بان استوائهما انما يعتبر في مدة الحيض واكثر مدة الحيض عشرة والمرئي في العشرة ثلثة دم وستة طهر ويوم دم فكان الطهر غالبا فلهذا صار فاصلا **قال** واقل الطهر خمسة عشر يوما اقل الطهر الذي يكون بين الحيضتين خمسة عشر هكذا روي من ابراهيم النخعي والظاهر انه منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم لانه مقدار والمقادير لا تعرف الا سماعا وذكر

في المحيط أن الله تعالى أجرى العادة في حق الآيسة والصغيرة مقام الطهر والحيض وما اضيف الى سببان يتقسم عليهما بنصفين فينبغي أن يكون نصف الشهر حيضا ونصفه طهرا الا انه قام الدليل على نقصان الحيض عن النصف فبقي الطهر على ظاهر القضية وهذا الاستدلال منقول عن الشيخ أبي منصور الماتريدي رحمه الله وفيه نظر لما ان المقادير لا تعرف الا توقيفا وكذا ما ذكر في المبسوط ان مدة الطهر نظير مدة الاقامة من حيث انها تعيد ما كان من الصوم والصلوة وقد ثبت بالاخبار ان أقل مدة الاقامة خمسة عشر يوما فلذلك أقل مدة الحيض ثلاثة أيام اعتبارا باقل مدة السفر فان كان كل واحد منهما يؤثر في الصوم والصلوة لكن ما ذكر في المبسوط يمكن أن يستند الى السماع بحمل الاخبار الواردة في مدة الاقامة واردة فيه لتساويهما فيما ذكرنا فكان من باب الدلالة وفيه بحث **قوله** ولا غاية لاكثره أي لاكثر الطهر ومعناه أنها تصلي وتصوم ما ترى الطهر وان استغرق عمرها وقوله لانه أي الطهر يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة فانه يكون حينئذ لاكثره غاية عند عامة العلماء خلافا لابي عصمة سعد بن معاذ المروزي والقاضي أبي حازم فانه لا غاية لاكثره عندهما على الاطلاق لان نصب المقادير بالسماع ولا سماع وعلى هذا اذا بلغت امرأة فرأت عشرة دما وستة أو سنتين طهرا ثم استمر بها الدم فعندهما طهرها ما رأت وحيضها عشرة أيام تدع الصلوة من أول زمان الاستمرار عشرة أيام وتصلي سنة أو سنتين فان طلقها زوجها عدتها ثلث سنين أو ست سنين وثلاثين يوما واما العامة فقد اختلفوا في التقدير فقال محمد بن شجاع طهرها تسعة وعشرون يوما لان اكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهر وتسعة عشر يقين وقال محمد بن سلمة طهرها سبعة وعشرون يوما فاعتادها لان أقل الحيض ثلاثة أيام فيرتفع عن كل شهر فيبقى سبعة وعشرون يوما وقال محمد بن ابراهيم الميداني طهرها ستة أشهر الا ساعة وعليه الاكثر لان أقل المدة التي يرتفع الحيض فيها ستة أشهر وهو أقل مدة الحمل الا ان ما عليه الاصل ان مدة الطهر أقل من مدة الحمل فنقص منه شيئا يسيرا وهو ساعة فتنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلث ساعات لجواز أن يكون وقوع الطلاق عليها حالة الحيض فيحتاج الى ثلثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة وكل حيض عشرة أيام وقال الحاكم الشهيد طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لان العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر في الشهرين عادة اذ الغالب ان النساء تحيض في كل شهر مرة فاذا طهرت شهرين فقد طهرت في أيام عادتها والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها فوجب التقدير به قيل والفتوى على قول الحاكم لانه أيسر على المفتي والنساء وفيه أقوال اخرى تركناها مخافة الاطناب ولما كان في الاقوال فيه كثرة اعرض المصنف عنها وقال ويعرف ذلك في كتاب الحيض **قال** ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم وقوله بنتيجة الاجماع بدلالة وتقريره اجمع المسلمون على وجوب الصلوة وهو يوجب وجوب الصوم وحل الوطي بطريق الاولى لانه لما جعل الدم عدما في حق الصلوة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافيا للطهارة فلان يجعل عدما في حق الصوم والوطي اللذين لا منافاة بينهما أولى قال في الكافي تفسير بنتيجة الاجماع بدلالته غير صحيح لفظا لا معنى والتفسير بالحكم اشد ظلما قال الشيخ عبد العزيز رحمه الله قد يجوز ان يسمى نتيجة من حيث ان دلالة النص او الاجماع لا يكون الا به ويحتمل ان يثبت قبله فكانها نتيجته والاصل والاجماع أصل وقوله فسرت بالحكم لا وهم ان الاجماع منعقد عليه قصدا وليس كذلك فكذلك فسرت بالدلالة وقوله ولو زاد الدم على عشرة أيام تعرض منه ما هو المتفق عليه فان الدم اذا زاد على عشرة أيام ولها عادة معروفة دون العشرة ردت الى أيام عادتها باتفاق اصحابنا واما اذا زاد على عادتها المعروفة دون العشرة فقد اختلف فيه المشايخ فذهب ائمة بلخ الى انها تؤمر بالاغتسال والصلوة لان حال الزيادة مترددة بين الحيض والاستحاضة لانه ان انقطع الدم قبل العشرة كان حيضا وان جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك

فلا نترك الصلاة مع التردد وقال مشايخ بخارى لا تؤمر بالاغتسال والصلاة لانا عرفناها حائضا بيقين وذلك
بقاء الحيض وهو رؤية الدم قائم ولا يكون استحاضة حتى يستمر فيجاوز العشرة ولا دليل على ذلك فلا تؤمر
بالاغتسال والصلاة حتى يتبين امرها فان جاوز العشرة امرت بقضاء ما تركت من الصلاة بعد ايام عادتها
قال في المحيط وهو الاصح **وقوله** والذي زاد يعني على العادة المعروفة استحاضة لقوله صلى الله عليه
وسلم تدع الصلاة ايام اقرائها ايام اقرائها عادتها المعروفة ووجه الاستدلال ان الامر زاد دمها
على عشرة فهي مستحاضة والمستحاضة تدع ايام الصلاة ايام اقرائها وايام اقرائها عادتها المعروفة فما
زاد عليها لا تدع فيه والالف واللام للاضافة فائدة **وقوله** ولان الزائد دليل آخر وتقريره الزائد
على العادة يجانس الزائد على العشرة وكل ما يجانس الزائد على العشرة يلحق به فالزائد على العادة ملحق بالزائد
على العشرة وكل ما يجانس الزائد على العشرة من حيث الندرة وكونه زائدا على العادة المعروفة وعورض بان
الزائد على العادة يمكن ان يكون حيضا بخلاف الزائد على العشرة فاني يتجانسان وبعبارة اخرى وهي ان ما زاد
على العادة يجانس العادة في كونها تحت الحيض فيجعل من التجانس والجواب انهما لو اتحدا في امكان الحيض او عدمه
كانا متماثلين ولم يدع ذلك وان التجانس بين الزائدين من وجهين كما ذكرناه راجحا واما ان كل ما يجانس الزائد
على العشرة ملحق به فلان الجنسية علة الضم **وقوله** وان ابتدات مع البلوغ مستحاضة روي مبنيا للفاعل
ومبنيا للمفعول فاختاره صاحب النهاية وجعل المستحاضة من باب جن واغمي لانه لا اختيار لها وجعل مستحاضة نصبا
على الحال المقدرة لقوله فادخلوها خالدين لان الاستحاضة حال ابتداء رؤيتها الدم لم يثبت وانما يثبت بالزيادة
على العشرة ولكن يعلم عند الزيادة على العشرة انها كانت مقدرة الاستحاضة عند ابتداء رؤيتها الدم وقوله
لانا عرفناه حيضا اي عرفنا الدم المرئي في العشرة حيضا فلا يخرج عن كونه حيضا بالشك وتقريره ان المرئي في
العشرة حال وجوده حكمنا بكونه حيضا ولهذا لو انقطع الدم على العشرة حكمنا بكون كله حيضا فاذا زاد على العشرة
وقع الشك في كون الزائد على الثلاثة حيضا او لا فلا يزول ذلك اليقين بهذا الشك الذي حدث الان والله اعلم
قالت لما كان الحيض اكثر وقوعا قدمه ثم اعقبه الاستحاضة لانه اكثر وقوعا من النفاس باعتبار ذكرها سابقا
فانها تكون مستحاضة بما اذا رات الدم حالة الحبل او زاد الدم على العشرة او زاد على معروفها وجاوز العشرة
او رات ما دون الثلاث او رات قبل تمام الطهر او رات قبل ان تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة بخلاف النفاس
فان سببه شيء واحد وقدم حكم المستحاضة ومن بمعناها على تعريفها لان المقصود بيان الحكم ومن به سلس البول هو
من لا يقدر على امساكه والرعاف الدم الخارج من الانف والجرح الذي لا يرقا اي الذي لا يسكن دمه من رقا الدم
سكن **وقوله** يتوضؤون لوقت كل صلاة هو حكم المسئلة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤوا من الفرائض والنوافل
والنذور والواجبات عندنا وقال الشافعي رحمه الله يتوضا لكل صلاة مكتوبة واستدل بقوله صلى الله عليه
وسلم المستحاضة تتوضا لكل صلاة وبان اعتبار طهارتها لضرورة اداء المكتوبة ولا ضرورة بعد ادائها فلا اعتبار
لها بعد الفراغ منها فان قيل كل صلاة اعم من كونها مكتوبة او غيرها فالتقييد بالمكتوبة تحكم وكما انه لا ضرورة
بعد اداء المكتوبة لا ضرورة في النوافل لانه لا حرج في تركها فاعتبارها بعدمها بالنسبة الى المكتوبة دونها ايضا
تحكم اجيب بانه لكل صلاة مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو المكتوبة فينصرف اليها وان الحاجة في حق
النوافل لم ترتفع لانها غير موضوع في كل وقت وفي الزام الطهارة حرج بين ورد بانا لا نسلم بان صلاة مطلق
بل عام بدخول كلمة كل فلا يتمشى ما ذكرتم وبان طهارتها بعد اداء المكتوبة ان كانت باقية تساوت الفرائض والنوافل
في جواز الاداء بها وان لم تبق تساويا في عدم جوازه بها وفيه نظر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تتوضا
لوقت كل صلاة وهو اي الوقت مراد بالاول اي بما رواه الشافعي لان اللام تستعار للوقت يقال اتيك لصلاة
الظهر اي وقتها فكان ما رواه نصا محتملا للتاويل وما رويناه مفسر لا يحتمل فيترجح عليه كما عرف في موضعه على

ان الحائط

ان الحفاظ اتفقوا على ضعف حديث حكاه النووي في المهذب **قوله** ولان الوقت اقيم مقام الاداء دليل معقول
والشارحون قالوا معناه ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير وهو قوله شرع تقدير طهارتها بالصلاة تخفيف
الشهادة الجهالة والحرج لان الناس يتفاوتون في اداء الصلاة فمنهم مطول لها ومنهم غير مطول فلم يمكن ضبطه
فقدرنا طهارتها بالوقت دفعا للحرج وفيه نظر لانا اذا قدرنا طهارة كل مفروض باداته ارتفعت الجهالة والحرج والجواب
ان ارتفاع الحرج ممنوع فانا اذا قدرنا طهارة كل بحيث باداته وفرضنا الفراغ عنه اوجبنا عليه وضوء آخر لكل ما يفعل
من نفل او واجب او نذر في وقته او مكتوبة اخرى في وقت آخر لحق الحرج في موضع التخفيف فان اعتبار طهارتها
ليس الا رخصة وتخفيفا وذلك خلف باطل واذا اقام الوقت مقام الاداء يدار الحكم عليه لان الشيء اذا اقيم
مقام غيره آخر كان المنظور اليه ذلك الشيء وقد عرف ذلك في موضعه فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء
لصلاة اخرى عند علمائنا الثلاثة قيل قوله واستانفوا الوضوء لصلاة اخرى مستدرك لان بطلان الوضوء يستلزم
كالتيمم لصلاة الجنازة في المصر فانه اذا صلى عليها بطل تيممه بالنسبة الى غير صلاة الجنازة وبقيت في حق جنازة اخرى
حضرت وتفوته ان اشتغل بالوضوء فيه تخلل كما ترى ويجوز ان يكون تاكيدا ويجوز ان يكون الاول لبيان المذهب
والثاني لنفي قول زفر فانه يقول استانفوا اذا دخل الوقت ويجوز ان يكون كالتفسير للاول فانه لما قال بطل وضوءهم
ربما يقول متعنت ان الوضوء كان باطلا بالحدث السابق فبين ان المراد بطلان وجوب استئناف وضوء آخر لان البطلان
المعهود وقوله فان توضؤوا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر بيان موضع الخلاف فعند ابي حنيفة
ومحمد ما ذكر وعند ابي يوسف وزفر حتى يدخل وقت الظهر ولما كان ذكر ابي يوسف مع زفر في هذه المسئلة كالمناقض لما
ذكر من قوله فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الصلاة اخرى وهو عند علمائنا الثلاثة احتاج الى بيان الاصل
المبني عليه فقال وحاصله ما ذكرنا من الاختلاف في هذه المسئلة ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عند
الخروج بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله فقط عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف رحمه الله
ابي يوسف رحمه الله وانما قال اي عنده لان خروج الوقت ليس من صفات الانسان فضلا عن ان يكون حدثا فكان الانتقاض
بل الا بالحدث السابق لكن الوقت مانع فاذا زال ظهر اثر الحدث فكانت النسبة الى الخروج مجازا واعترض بانه
لو استند الى الحدث السابق لما وجب القضاء على من شرع في التطوع ثم خرج الوقت لانه ظهر انه شرع فيها بلا طهارة
والجواب ما ذكرنا ان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا كان الحكم دائرا عليه كان الانتقاض
مقتصرا من ذلك الوجه فكانت ظهورا من وجه اقتصارا من وجه فعملنا بالوجهين جميعا فجعلناه اقتصارا في القضاء
وظهورا في حق المسح حتى ان المستحاضة لا تمسح على خفيها بعد خروج الوقت اذا كان الدم سائلا وقت الوضوء واللبس
او عندهما احدهما لان طهارتها اذا انتقضت استندت الى الحدث السابق ولم يعكس الاقتصار والظهور عملا بالاحتياط
فان الاحتياط فيه دون عكسه **وقوله** وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضا قبل الزوال كما ذكرنا او قبل
طلوع الشمس انما انحصرت فيهما لان في الاولى دخولا بلا خروج فلا ينتقض عند ابي حنيفة ومحمد حتى يذهب الظهر
وينتقض عندهما وفي الثانية خروجا بلا دخول فينتقض عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ولا ينتقض عند زفر
هذا ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف رحمه الله كما ترى وقال فخر الاسلام رحمه الله طهارتها لا تنتقض عند ابي يوسف
بدخول بلا خروج وينتقض بخروج بلا دخول كما هو قولهما وقال فيما اذا توضات قبل الزوال ودخل وقت الظهر انما
تحتاج الطهارة لاجل الظهر عنده لا لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت عنده بل لان طهارتها انتقضت بدخول الوقت
عنده بل لان طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقديمها على الوقت وقال في طريقة الفخر من مذهبه ان شيئا
من ذلك يعني الخروج والدخول ليس بحدث وانما لم ينتقض الطهارة بطلوع الشمس لان قيام الوقت جعل عذرا وقد
بقيت شبهة حتى لو قضى صلاة الفجر قضاها مع شبهة وكان كمال الخروج بدخول وقت آخر ولم يوجد شبهة يصلي لبقاء
حكم الحدث تخفيفا قال صاحب النهاية وبهذا التقدير يعلم ان العلماء الاربعة كلهم متفقون على ان الحدث السابق

إنما يبطل عند خروج الوقت لا غير إلا عند أبي يوسف تقديم الطهارة على الوقت غير معتبر لعدم الحاجة فيجب عندهما الوضوء ثانيا بعد دخول الوقت عنده أيضا وأقول لم يظهر لذلك فائدة في المسائل لأنها لا تظهر إلا في الصورتين المذكورتين فإن اعتبرت ما ذكره المصنف صح وإن اعتبرت ما ذكره فخر الإسلام صح فلم يكن الاختلاف فيهما إلا في التخريج والتعويل على الفهم النقل أن رحمه الله أن اعتبار الطهارة مع المنافي للطهارة للحاجة إلى الأداء ولا حاجة قبل الوقت فلا يعتبر فإن قيل تعتبر كيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت أجيب بأن عدم الاعتبار إنما هو بالنسبة إلى الوقتية لا مطلقا فإنها معتبرة في حق قضاء الفوائت والنوافل فكان نقضها باعتبارها ولأبي يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت لقيامه مقام الأداء كما تقدم فلا يعتبر قبله ولا بعده ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الأداء كما دخل الوقت وليس الكاف للتشبيه بل للمفاجأة أي ليفاجئ تمكن الأداء دخول الوقت وهذا لأن الوقت قائم مقام الأداء كما مر آنفا وتقديمها على الأداء واجب فكان تقديمها على خلفه جائزا لانحطاط رتبة الخلف عن رتبة الأصل فإن قلت في عبارة المصنف تسامح لأنه قال لا بد من تقديم الطهارة وذلك يستعمل في الوجوب لا محالة وليس التقديم واجبا والجواب أن المضاف محذوف أي لا بد من جواز تقديم الطهارة وإذا كان كذلك لم يكن الدخول صالحا لظهور الحدث عنده لكونه محتاجا إليه وأما خروج الوقت فدليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده وقوله والمراد بالوقت وقت المفروضة وقوله عندهما أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله **وقوله** وهو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ليس له أن يصلي الظهر به لأنه خرج وقت صلاة واجبة لأن صلاة العيد واجبة وقوله لأنها يعني صلاة العيد بمنزلة الضحى من حيث إنها ليست بمفروضة حتى قال بعض المشايخ إنها صلاة الضحى أديت بجماعة وقوله بعدهما أي عند أبي حنيفة ومحمد وإنما خصهما بالذكر وإن كان الحكم عند الجميع كذلك لما أن الشبهة تأتي على قولهما لأن عندهما له أن يقدم الطهارة على الوقت ولا ينتقض بالدخول ومع ذلك ليس له أن يصلي العصر بهذه الطهارة لما أن هذا دخول مشتمل على الخروج يعني أنه لم ينتقض بالدخول ومع ذلك ليس له انتقضت بالخروج قبل وإنما وضعت المسألة في الظهر ليتبين أنه ليس بين وقت الظهر والعصر وقت مهمل وما روي عن أبي حنيفة أن ظل كل شيء إذا كان مثله خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر ليس بصحيح **قال** والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة لما فرغ من بيان أحكام المستحاضة عرفها بقوله هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه قال الإمام التمرتاشي والمرغيناني والإمام حميد الدين الضرير وغيرهم أن هذا تعريف المستحاضة في حال البقاء وأما في الثبوت فيشترط فيه دوام السيلان من أول الوقت إلى آخره اعتبارا بالسقوط فإنه لا يتم حتى ينقطع في الوقت كله وهو مشكل على كل حال إلا أنه كان تعريفا لها في الابتداء ولأنها على ما يدل عليه ظاهر كلام المصنف فإنه ينتقض بالحائض لأنها قد تكون على وجه لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وبما إذا رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع فتوضأت ودام الانقطاع حتى خرج الوقت فإن التعريف صادق عليها وليست بمستحاضة بدليل عدم انتقاض طهارتها بخروج الوقت والمستحاضة ينتقض طهارتها بذلك والدليل على عدم انتقاض طهارتها ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في الجامع الكبير وقال إذا توضأت المستحاضة في وقت العصر والدم منقطع وصلت ركعتين ودخل وقت المغرب وسال الدم فعليها أن تتوضأ وتبني على صلاتها لأن انتقاض الطهارة كان بالحدث لا بخروج الوقت ولم يوجد منها أداء شيء من الصلاة بعد الحدث فجاز لها أن تبني وإن كان تعريفا في الانتهاء فقط كما قالوا فلذلك ويلزم اختلاف حقيقة الشيء بالنسبة إلى الحالين والجواب لا يخفى ولعل الصواب أن يقال في تعريفها المستحاضة من ثبت عذرها باستمرار الدم من فرجها وقت صلاة كاملا ليس من أوقات الحيض والنفاس ثم لا يخلو عنه منذ توضأت فيه إن دام **وقوله** من ثبت عذرها بمنزلة الجنس وقوله باستمرار الدم احتراز عمن هو بمعناها ممن به انفلات ريح واستطلاق بطن وغيرهما وقوله من فرجها احتراز عما إذا ثبت عذرها باستمرار الدم من أنفها أو جرح بها فإنها بمعناها وقوله وقت صلاة كاملا لبيان ثبوت عذرها ابتداء وقوله ليس أي ذلك الوقت من أوقات الحيض والنفاس احترازا عنهما ورد على التعريف الأول من النقض بصورة الحائض والنفساء

كالحائض

كالحائض في الورد **وقوله** ثم لا يخلو أي المستحاضة عنه أي عن الدم منذ توضأت فيه أي في الوقت لبيان أن الاستمرار ليس بشرط في البقاء والانقطاع ما ورد من النقض بقوله وبما إذا رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع فإن الدم مرتفع كان قبل الوضوء والمعتبر أن يكون بعده أو عنده وقوله إن دام يعني الحدث لبيان أن ثبوت كونها مستحاضة لا يتوقف على قوله ثم لا يخلو عنه إلى آخره وإنما ذلك للبقاء وباستمرار الدم وقتا كاملا يثبت ذلك وإن انقطع في الوقت الثاني بالكلية وقوله وكذلك كل من هو في معناها أي في معنى المستحاضة أي يكون حكمه حكمها وقوله وهو من ذكرناه يعني قوله من به سلس البول والرعاف الدائم الذي لا يرقأ وقوله ومن به استطلاق بطن أو انفلات ريح عطف على قوله من ذكرناه واستطلاق البطن مشيه والانفلات خروج الريح قلبه أو بغتة لأن الضرورة بهذا أي بما ذكرنا من الأحداث تتحقق وهي أي الضرورة تعم الكل فيكون حكم الكل حكم المستحاضة ولو أريد تعريف المعذور قيل هو من مثل به دائم حدث وقت صلاة كاملا ثم لا يخلو عنه منذ توضأ فيه إن دام والعفو يعرف فيما تقدم والله أعلم

فصل في النفاس

الدماء المختصة بالنساء الحيض والاستحاضة والنفاس والنفاس آخرها ترتيبا لما دل على ذلك فيما تقدم من ترتيب الحيض والاستحاضة والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها إذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس وفي الاصطلاح النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة وقوله عقيب الولادة صفة للدم لأنه لم يرد به معين فهو في معنى النكرة أو قوله لأنه مأخوذ فيه تسامح لأنه تعليل في موضع التعريف وتدارك بأنه جعله من باب التسمية كأنه قال سمي الدم الخارج عقيب الولادة بالنفاس لأنه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم أو من باب خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم من قولهم له نفس سائلة قال صاحب المغرب وأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو من خروج النفس بمعنى الولد فليس بذلك وذكر في المجتبى أنه مشتق من تنفس الرحم أو النفس أو الولادة على ما قال شاعرهم فدا النفس المولود من الإله لك فدا كرم للناظرين قريب • وقد وجد ذلك كله **قوله** والدم الذي تراه الحامل ابتداء أي حال الحبل أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وإن كان ممتدا أي بالغا نصاب الحيض وقال الشافعي رحمه الله هو حيض اعتبارا بالنفاس حتى إذا ولدت ولدين في بطن واحد فرأت الدم قبل خروج الولد الثاني فإنها حامل في حق الولد الثاني وذلك نفاس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والجامع كونهما جميعا من الرحم ولنا أن الحيض دم الرحم ودم الرحم لا يوجد من الحامل لأن بالحبل ينسد فم الرحم لأن الله تعالى أجرى عادته بذلك فلا يترك ما فيه لكون النقب من أسفل واعتباره بالنفاس فاسد لأنه إنما يكون بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم هذا إذا خرج أكثر الولد فأما إذا خرج أقله فلا يصير نفساء وإن خرج الدم لأن النفاس ما يعقب الولد ولم يوجد الولد لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لأنه ليس للأقل حكم الكل وإنما اعتبر البعض لاختلاف وقع في الرواية وروى خلف ابن أيوب عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الدم الذي تراه المرأة بعد خروج أكثر الولد نفاس وروى المعلى عن أبي يوسف بعد خروج بعض الولد وروى هشام عن محمد بعد خروج الرأس ونصف البدن أو الرجلين وأكثر من نصف البدن وعنه أنها لا تصير نفساء حتى يخرج ولدها وذكر شيخ الإسلام في مبسوطه أن أبا يوسف مع أبي حنيفة في خروج الأكثر وهو صحيح على ما روى خلف عن أيوب وأما محمد فلم يذكر أنه مع أبي حنيفة وليس على قياس مذهب محمد فإن مذهبه أن النفاس إنما يثبت بوضع الحمل فما لم يوجد وضع الحمل كله لا يثبت النفاس فلعل المصنف اطلع على رواية فنقلها **وقوله** والسقط الذي استبان بعض خلقه كأصبع مثلا ولد فتصير المرأة به نفساء وتصير الأمة به أم ولد إذا ادعاه المولى والعدة تنقضي به والذي لم يستبن من خلقه شيء فلا نفاس لها ولكن إن أمكن جعل المرئي من الدم حيضا بأن يدوم إلى أقل مدة الحيض وتقدمه طهر تام يجعل حيضا وإن لم يمكن كان استحاضة **قال** وأقل النفاس لا حد له لأن

لا أقل للنفاس قال شيخ الإسلام في مبسوطه اتفق أصحابنا على أن أقل النفاس ما يوجد فإنها كما ولدت إذا رأت الدم
ساعة ثم انقطع عنها الدم فإنها تصوم وتصلي وكان ما رأت نفاسا لا خلاف في هذا بين أصحابنا وإنما الخلاف فيما
إذا أوجب اعتبار أقل النفاس في انقضاء العدة بأن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فقالت انقضت عدتي أي مقدار
معتبر لأقل النفاس مع ثلاث حيض عند أبي حنيفة رحمه الله يعتبر أقله بخمسة وعشرين يوما وعند أبي يوسف بأحد عشر
وعند محمد بساعة وهذا إشارة يقتضي وجود الدم فإن ولدت ولم تر دما فهي نفساء في رواية الحسن عن أبي يوسف وهو
قول أبي حنيفة ثم رجع أبو يوسف وقال هي طاهرة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الغسل فأما الوضوء فواجب بالإجماع
كذا في المحيط وأكثر المشايخ أخذوا بقول أبي حنيفة وبعضهم أخذ بقول أبي يوسف وهو القياس لأن النفاس هو الدم
الخارج عقيب الولادة فإن لم يكن لها نفاس كيف يكون نفساء وقول أبي حنيفة أحوط وإنما لم يقدروا أقله بحد لأن تقدم
الولد علم الخروج من الرحم فأغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض فإنه اشترط فيه امتداد الدم ثلاثة أيام ليعلم
أن ذلك الدم من الرحم أولا إذ لا دليل على كونه من الرحم وفي النفاس تقدم علامة ذلك بانفتاح فم الرحم بخروج الولد ونزول
وأكثره أربعون يوما طاهر ومذهبنا مروي عن عمر وعائشة وأم سلمة وأم حبيبة وأبي هريرة رضي الله عنهم ومثله
لا يعرف إلا سماعا وهو الموافق للمنقول لأنهم أجمعوا على أن أكثر مدة النفاس أربعة أمثال أكثر مدة الحيض وقد ثبت
في باب الحيض أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام بلياليها فكان أكثر مدة النفاس أربعين يوما وإنما كان أكثر مدة النفاس
أربعة أمثال أكثر مدة الحيض لأن الروح لا يدخل في الولد قبل أربعة أشهر فيجتمع الدما أربعة أشهر وإذا دخل الروح
صار الدم غذاء للولد فإذا خرج الولد خرج ما كان محتبسا من الدما أربعة أشهر في كل شهر عشرة أيام **وقوله**
وإن جاوز الدم الأربعين طاهر وقوله وإن ولدت ولدين في بطن واحد يعني أن يكون بينهما أقل من ستة أشهر وقوله
وإن كان بين الولدين أربعون يوما احترازا عما قال بعض المشايخ فيما إذا كان بين الولدين أربعون يوما أن النفاس فيه
يكون من الولد الثاني عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وليس بصحيح وإنما الصحيح ما أشار المصنف أن أكثر مدة النفاس
أربعون يوما وقد مضت فلا يجب النفاس بعدها ودليل كل واحد على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله والعدة
تعلقت بوضع حمل جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة ووجهه أن العدة تنقضي بوضع حمل مضاف إليها
لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن والحمل اسم لكل ما في البطن وما بقي الولد في بطنها موجودا
كانت حاملا فلا تنقضي العدة حتى تضع الجميع

باب الأنجاس وتطهيرها

لما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها شرع في بيان النجاسة الحقيقية وتطهيرها لأن الأولى أقوى لكون
قليلها يمنع جواز الصلوة بالاتفاق وكان بالتقديم أولى وتقدير كلامه باب بيان الأنجاس والأنجاس جمع نجس
بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الأصل مصدر ثم استعمل اسما قال الله تعالى إنما المشركون نجس وكما أنه يطلق
على الحقيقي يطلق على الحكمي إلا أنه لما تقدم بيان الحكمي أمن اللبس بالقرينة وقوله وتطهيرها أي تطهير محالها
من البدن والثوب والمكان إلا أنه لما أضافه إلى ضمير الأنجاس أنثه والكلام في هذا الباب في مواضع الدليل
الموجب للتطهير وفي آلة التطهير وفي بيان النجاسة وفي كيفية التطهير وفي القدر الذي به المحل يصير نجسا وفيما
يتعذر التطهير به **وقوله** تطهير النجاسة أي تطهير محل النجاسة بإثبات الطهارة فيه وقيل تطهير النجاسة أي
إزالتها واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر أمر بتطهير الثياب مطلقا
وهو للوجوب فإن قيل قد قال المفسرون معناه فقصر فلا يتم دليلا على إزالة النجاسة أجيب بأن ذلك مجاز والأول
هو الحقيقة على أن تقصير الثياب يستلزم التطهير عادة فيكون أمرا بتطهير الثوب اقتضاء وإن كان تطهير الثوب
واجبا تحسينا لحال المناجي ربه كان تطهير المكان والبدن كذلك لما قلنا ولثبوت الأول بالمنصوص وأولوية الثاني وقوله
صلى الله عليه وسلم حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء الحت القشر باليد أو العود والقرص بأطراف الأصابع لا يقال الحديث
ورد في أسماء بنت أبي بكر حين سألته عن دم الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه لأنا نقول الموجب لوجوب تطهيره كونه نجسا

ولا خصوصية له بذلك فيلحق به كل ما كان بمعناه والمعتبر في طهارة المكان ما تحت قدم المصلي فإن كان فيه أكثر من
قدر الدرهم فالصلوة فاسدة وإن كان في موضع السجود فكذلك في رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله وفي رواية
أبي يوسف عنه جائزة **وقوله** ويجوز تطهيرها بالماء وكل مائع طاهر وقوله طاهر احتراز عن بول ما يؤكل لحمه
فإن الأصح أن التطهير لا يحصل به وفيه إشكال حتى لو غسل الدم به لكن رخصا فيه ما لم يفحش قال شمس الأئمة السرخسي والأصح أن
التطهير بالنجس لا يكون لتضاد بين الوصفين وكذا الكلام في الماء المستعمل وقوله يمكن إزالتها به احتراز عن الدهن
والسمن وما أشبه ذلك لأن الإزالة إنما تكون بإخراج أجزاء النجاسة مع المزيل شيئا فشيئا وذلك إنما يتحقق فيما
ينعصر بالعصر وإنما ذكر الماء وإن كان جواز التطهير به ثابتا بالإجماع لأن الإزالة غير واجبة بل تجوز به وبغيره
وقوله لأنه ينجس بأول الملاقاة يعني لاختلاطه بالنجاسة والنجس لا يفيد الطهارة طاهر وبه يقوى ما ذكرناه من
رواية شمس الأئمة في بول ما يؤكل لحمه وقوله إلا أن هذا القياس ترك في الماء للضرورة جواب عما يقال فهذا المعنى
موجود في الماء أيضا فيلزم شمول الجواز أو عدمه وقوله ولنا أن المائع قالع طاهر مطهر كالماء وقوله والنجاسة
للمجاورة جواب عما استدل الخصم وهي في الحقيقة قول بالموجب أي سلمنا أنه ينجس بأول الملاقاة لكن المحل لم يكن نجسا لعينه
بل كانت النجاسة للمجاورة فإذا انتهت أجزاء النجاسة بالعصر بقي المحل طاهرا لا يقال التعليل بالقالع لا يجوز لأن النص
يقتضي الغسل بالماء قال عليه السلام ثم اغسليه بالماء لأنا نقول الغسل بالماء إما أن يكون واجبا لعينه أو لغيره
والأول ممنوع لأن المصلي إذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جازت الصلوة بلا خلاف والثاني مسلم فإنه واجب
للتطهير فهو يحصل باستعمال المائع حصوله باستعمال الماء على ما بينا **وقوله** وجواب الكتاب أي القدوري وهو قوله
ويجوز تطهيرها بالماء وكل مائع طاهر إلى آخره مطلق عن الثوب والبدن لا يفرق بينهما وقوله عنه أي عن أبي يوسف
في رواية حسن بن أبي مالك عنه أنه فرق وقال لا يجوز في البدن إلا الماء لأن غسل البدن طريقه العبادة فاختص بالماء كالوضوء
وغسل الثوب طريقه إزالة النجاسة والحيض بالماء كالخف وهو ضعيف لأن الكلام فيما إذا كان عين النجاسة قائمة بالبدن
ولا فرق بين إزالتها منه وإزالتها من الثوب **قال** وإذا أصاب الخف فإما أن يكون لها جرم كالروث
والعذرة والدم والمني أو لا يكون كالبول والخمر ونحوهما والأول إما أن يجف أو لا فإن جف فدلكه
بالأرض جاز أي طهر في حق جواز الصلوة استحسانا وأما إذا أصابه الماء بعد ذلك هل يعود نجسا كما كان فيه روايتان
وقال محمد لا يجوز الصلوة وهو القياس أي على الثوب والبساط بجامع أن النجاسة تداخلت في الخف تداخلهما وإليه
أشار بقوله لأن المتداخل في الخف إلى آخره إلا في المني فإنه يطهر على ما سنذكره وقيده بالدلك بالأرض رواية الأصل
وذكر في الجامع أن أن حكه أو حته بعد ما يبس طهر وهما استحسانا بالأثر وهو ما روى أبو سعيد الخدري رضي
الله عنه في حديث خلع النعال أنه صلى الله عليه وسلم صلى يوما فخلع نعليه في الصلوة فخلع القوم نعالهم فلما فرغ سألهم
عن ذلك فقالوا رأيناك خلعت نعليك فقال عليه السلام أتاني جبريل وأخبرني أن بهما أذى فخلعتهما ثم قال
إذا أتى أحدكم المسجد فليقلب نعليه فإن كان بهما أذى فليمسحهما بالأرض فإن الأرض لهما طهور والأذى هو ما يستقذر كأنه
يؤذي من يقربه بعرفه وكراهته جعل المسح بالأرض طهورا وهو معتبر لا يقال التأويل لا يقال الحديث ساقط العبرة
لأنه عليه السلام لم يستقبل الصلوة لجواز أن الخطر مع النجاسة ترك في ذلك الوقت ولاحتمال أن يكون أقل من قدر
الدرهم **وقوله** ولأن الجلد لصلابته لا يتداخله إلا القليل وهو طاهر وإن لم يكن لها جرم فإنه لا يطهر حتى يغسله لما
ذكر في الكتاب وهو ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف أنه قال إذا مشى على الروث ثم مسح خفه على الأرض حتى لا يبقى
فيه أثر النجاسة ولا رائحتها طهر لعموم البلوى والإطلاق ما يروى يعني قوله فليمسحهما بالأرض الحديث فإنه لم يفرق
بين الرطب واليابس وعليه مشايخنا قال شمس الأئمة السرخسي وهو صحيح وعليه الفتوى للضرورة فإن قيل الحديث
كما لم يفرق بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وبين ما ليس له جرم وكان الواجب أن يسوي في الحكم أجيب
بأنه فرق بينهما وأخرج التي لا جرم لها بالتعليل وهو قوله عليه السلام إلا أن الأرض لهما طهور أي مزيل عنهما ما وقع

تعلم أن الخف إذا أصابه البول أو الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه عن أجزاء الجلد وكان إطلاقه مصروفا إلى القذر الذي يقبل الإزالة بالمسح وهو ما له جرم والثاني أعني الذي لا جرم له لا يطهر إلا بالغسل لأن الأجزاء يتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقد روي عن أبي يوسف أن ما يتلطخ به من الرمل والرماد جرم له وإذا أجف فدلكه في الأرض طهر كالتي لها جرم وإذا أصاب الثوب ولا يطهر إلا بالغسل لأن الثوب لتخلخله أي لكونه غير مكتنز يتداخله كثير من أجزاء النجاسة فلا يخرجها إلا الغسل وأما المني فإذا أصاب الثوب فإن كان رطبا كان نجسا يجب غسله وإن جف على الثوب أجزأ فيه الفرك استحسانا والقياس أن لا يطهر بالفرك لأنه دم إلا أنه نضج فهو كسائر أنواع الدم لا يطهر إلا بالغسل وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها فاغسليه إن كان رطبا وافركيه إن كان يابسا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في جعله طاهرا مستندا لا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال المني كالمخاط فأمطه عنك ولو بإذخرة فإن قيل إذا استدل الشافعي بحديث ونحن بحديث فما وجه قول المصنف والحجة عليه ما رويناه فالجواب أن وجه ذلك أن حديثه لا يدل له عليه لأن قوله كالمخاط لا يقتضي أن يكون طاهرا لجواز أن يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل وطهارته بالفرك والاجتزاء بالإماطة مع كونه للوجوب يستدعي أن يكون نجسا لأن إزالة ما ليس بنجس ليست بواجبة على أنه موقوف عليه فلا يصح الاحتجاج به وقوله وقال عليه السلام ما ذكر للاحتجاج على نجاسته وروي أنه صلى الله عليه وسلم مر بعمار بن ياسر وهو يغسل ثوبه من النخامة فقال عليه السلام ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك إلا سواء وإنما يغسل الثوب من خمسة من البول والغائط والدم والمني والقيء وفي رواية الأسرار الخمر مكان القيء لا يقال الاستدلال لا يقتضي غسله رطبا ويابسا ولستم قائلين به فكان متروكا لأن حديث عائشة رضي الله عنها مفسر في جواز فرك اليابس وهذا محتمل أن يكون المراد به الرطب فحمل عليه توفيقا بينهما ولو أصاب المني البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك مشايخ ما وراء النهر يطهر بالفرك لأن البلوى فيه أشد لاتصال الثوب عن المني دون البدن وروي عن أبي حنيفة أنه لا يطهر إلا بالغسل لأن حرارة البدن جاذبة فلا يعود ما ينشر منه البدن إلى الجرم ولم يعد فإنما يطهر بالفرك أيضا والبدن لا يمكن فركه **قال** والنجاسة إذا أصابت المرآة إذا أصابت النجاسة المرآة حسا مكتنز الأجزاء صقيلا كالمرآة والسيف والسكين ونحوها اكتفى بمسحه لأنه لا يتداخله النجاسة فلا يحتاج إلى الإخراج من الداخل وما على ظاهره يزول بالمسح ولا فصل في ذلك بين الرطب واليابس والعذرة والبول وذكر في الأصل أن البول والدم لا يطهر إلا بالغسل والعذرة الرطبة كذلك واليابسة تطهر بالحت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا تطهر إلا بالغسل والمصنف كأنه اختار روايتهما ولم يذكر خلاف محمد وهو المختار للفتوى لأن الصحابة كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها وإذا أصابت الأرض نجاسة وذهب أثرها وهو اللون والرائحة بالجفاف جازت الصلاة على مكانها وقوله بالشمس ليس بشرط في طهارتها وإنما وقع اتفاقا فإن الأرض في العادة تجف بالشمس وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لأن النجاسة حصلت في المكان والمزيل لم يوجد ولهذا لم يجز التيمم به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الأرض يبسها أي طهارتها استعار الذكاة للطهارة لأن الذكاة وهي الذبح سبب الطهارة في الذبيحة وجعل صاحب الأسرار هذا الحديث موقوفا على عائشة رضي الله عنها وقال وأما الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا فقوله أيما أرض جفت فقد ذكت وصاحب المغرب جعله قول محمد بن الحنفية ولقائل أن يقول معناهما واحد فيجوز أن يكون نقلا بالمعنى فيكون مرفوعا قوله وإنما لا يجوز التيمم جواب عن قولهما ولهذا لا يجوز التيمم به لأن طهارة الصعيد شرط بنص الكتاب قال الله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد لأنه لم يفد القطع فلا يكون الطهارة قطعية بجفاف الأرض والكتاب يقتضي ذلك فإن قلت النص قد تقدم أن طهارة المكان ثبتت بدلالة قوله تعالى وثيابك فطهر والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة في كونه قطعيا حتى تثبت الحدود والكفارات بدلالة النصوص فوجب أن لا يجوز الصلاة

عليها

عليها كما لا يجوز التيمم به أجيب بأن الآية ظنية لأن المفسرين اختلفوا في تفسيرها وقيل المراد به تطهير الثوب وقيل تقصيره للمنع عن التكبر والخيلاء فإن العرب كانوا يجرون أذيالهم تكبرا وقيل المراد تطهير النفس عن المعايب والأخلاق الرديئة وإذا كان كذلك كانت ظنية الدلالة ولهذا لم يكفر من أنكر اشتراطها لأنه الثوب وهو غلط فيكون الدلالة كذلك فإن قيل فالطيب أيضا يحتمل الطاهر والمنبت وعلى هذا الثاني حمله أبو يوسف والشافعي رحمهما الله ولا يجوز أن يكونا مرادين لعدم عموم المشترك فيكون مأولا وهو من الظنية كما فيجب أن يجوز التيمم أجيب بأن الاحتمال في الطيب مسلم لكن الطاهر مراد بالإجماع كما تقدم وأما الخلاف في اشتراط الإثبات فيكون اشتراط الطهارة قطعيا فلا يتأدى بطهارة تثبت بخبر الواحد **قال** وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة • النجاسة إما أن تكون غليظة أو خفيفة فإن كانت غليظة وهي ما ثبت بدليل مقطوع به كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار إذا كانت قدر الدرهم جازت الصلاة وقوله وما دونه مستغنى عنه وإن زاد لم يجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء لأن النص الموجب للتطهير وهو قوله تعالى وثيابك فطهر لم يفصل بين القليل والكثير ولنا أن القليل منها لا يمكن التحرز عنه فإن الذباب يقعن على النجس ثم يقعن على الإنسان وكذلك دم البراغيث غير ممكن التحرز عنه وكان في القليل ضرورة وموضع الضرورة مستثناة في دلالة الشرع فجعل عفوا وقدرناه أي القليل بقدر الدرهم تعني ولكن لا بخ فإذا زاد عليه منع وهو قول الشعبي أخذنا به لأنه أوسع وكان النخعي يقول إذا بلغت مقدار الدرهم منعت **وقوله** أخذ مفعول مطلق من قدرناه لأن فيه معنى الأخذ فالمراد بقدر الدرهم موضع خروج الحدث قال النخعي استحيوا أن ذكر المقاعد في مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم ووجه الأخذ ما قال صاحب الأسرار أن النبي صلى الله عليه وسلم من استجمر فليوتر ومن لا فلا حرج والاستجمار هو الاستنجاء فثبت أن الاستنجاء غير واجب بالحجارة ولا حرج في ذلك فعلم أنه سقط حكمه لقلة النجاسة وأن ذلك القدر عفو وما ثبت أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يكتفون بالأحجار في الاستنجاء وذلك لا يزيل النجاسة حتى لو جلس المستنجي في الماء القليل نجسه فاكتفاؤهم به دليل على أن القليل من النجاسة عفو ثم يروى عن محمد رحمه الله اعتبار الدرهم من حيث المساحة حيث قال في النوادر الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وهو الذي ذكره في كتاب الصلاة وقال الفقيه أبو جعفر نوفق بين ألفاظ محمد فيقول أن الأولى تعني رواية المساحة في الرقيق منها والثانية تعني رواية في الكثيف قوله وإنما كانت تعني نجاسة هذه الأشياء تعني المذكورة في أول البحث مغلظة لأنها ثبتت بدليل مقطوع به قيل الإجماع وقيل التغليظ عند أبي حنيفة رحمه الله ثبت بنص لا معارض له وعندهما ما ثبت بالإجماع وفي الكتاب إشارة إلى ذلك وقيل المراد بالدليل القطعي أن يكون سالما من الأسباب الموجبة للتخفيف من تعارض النص وتجاذب الاجتهاد والضرورة وإن كانت خفيفة وهي ما ثبت بغير مقطوع به كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن أبي حنيفة وهو مروي عن محمد رحمه الله أيضا لأن التقدير بالكثير الفاحش والكثير الفاحش ما يستكثره الناظر ويستفحشه والربع ملحق بالكل في بعض الأحكام كمسح الرأس وانكشاف العورة وغيرهما فيلحق به هنا لكن يجعل الاستفحاش فكذا بما قام مقامه ثم اختلف في تفسير الربع فقيل ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وهو مروي عن أبي حنيفة وبقربه ما قال أبو بكر الرازي يعتبر السراويل الخياط لأنه أقصر الثياب وقيل ربع الموضع الذي أصابه كالذيل وهو من قول الرجل فلان ثم الدليل والكم والدخريص وعن أبي يوسف شبر في شبر أي شبر طولا وشبر عرضا أحدا من باطن الخفين تعني ما يلي الأرض من الخف فإن باطنهما يبلغ شبرا في شبر فيجوز تقدير الكثير الفاحش به وهذا لأن حكم النجاسة التي لها جرم سقط العبرة في الجفاف لطهارته بالمسح على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي رواية عن محمد وبالحت إلى زوال العين فلا شك في بقاء الأمر وحيث لم يعتبر ذلك قدروا بالكثير الفاحش كما قدر الدرهم لموضع الاستنجاء حتى سقط اعتبار ما على السبيل من النجاسة

وانما كان يعني بول ما يؤكل لحمه مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته على اصل ابي يوسف رحمه الله فان تخفيفها عنده يتأتى من تعارض النصين وهو معنى قوله على اختلاف الاصلين قال في النهاية انما اخر اصل ابي حنيفة رعاية لقوله اصل الالفاظ فانهما يراعي واري ان نعتد بما كان تنافي ذلك ولعله من باب الترقي وثمرة ذلك تظهر في الارواث على ما سنذكره وانما خص الاصل الاول بابي يوسف وان كان اصل محمد ايضا لان الكلام في بول ما يؤكل لحمه وليس يجيء عن محمد فيه في هذه المسئلة خاصة اصل ابي يوسف وحده فخصصه ولهذا اسقط ما اورده صاحب النهاية واذا اصاب الثوب من الروث اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكر في الكتاب وهو واضح **وقوله** لان للاجتهاد فيه مساغا لان مالكا يقول بان البعر والروث وخثي البقر طاهر وقال ابن ابي ليلى الروث ليس بشيء قليله وكثيره لا يمنع لان ذلك وقود اهل الحرمين ولو كانت نجاسة ما استعملوها كالعذرة قوله ولان فيه ضرورة بيان ان التخفيف عندهما يثبت بشيء آخر وهو البلوى والضرورة والجواب ان اختلاف العلماء لا يخرج النجاسة عن كونها غليظة لانها لما لم يرد نص بخلافه كان اختلافه بناء على الرأي وهو لا يعارض النص وكذلك البلوى لا يعتبر في موضع النص الا ترى ان البلوى في بول الحمار اكثر لانه يترشش فيصيب الثياب ومع ذلك لا يعفى اكثر من قدر الدرهم وكذلك بول الآدمي ورد بان الضرورة لو لم يعتبر في مقابلة النص بالنجاسة لما قال ابو حنيفة بخفة نجاسة بول ما يؤكل لحمه لانه منصوص بقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول الحديث واجيب بانه لم يقل بذلك للضرورة والبلوى بل للتعارض بحديث العرنيين وقوله بخلاف بول الحمار جواب عما يقال الضرورة في بول الحمار كالضرورة في روثه وقد قلتم بتغليظه ووجهه انا لا نسلم ذلك لان الارض تنشفه فلا يبقى على وجه الارض منه شيء يبتلى به الماشي بخلاف الروث والجواب ان الضرورة انما هي في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فلا تؤثر بعد ذلك التخفيف في نجاستها ثانيا الحاقا للروث بالعذرة فان الحكم فيها كذلك بالاتفاق ولا فرق بين ماكول اللحم وغيره عند العلماء الثلاثة وزفر رحمه الله فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رحمه الله في غير الماكول ووافقهما في الماكول فانه قاس الخارج من احد السبيلين بالخارج من السبيل الآخر والخارج من السبيل الآخر وهو البول يختلف باختلاف كونه ماكول اللحم وغيره فكذلك الخارج من هذا السبيل **قوله** وعن محمد طاهر وقوله وقاسوا عليه طين بخارى يعني قال المشايخ لا يكون الكثير الفاحش منه مانعا وان كان مختلطا بالعذرات وعند ذلك اي عند دخوله في الري رجوعه عن الرواية المشهورة عنه في الخف انه لا يطهر بالدلك بالارض يروى وان

للتخفيف

قال وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش كل واحد من ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مر في هذه المسئلة على اصله في بول ما يؤكل لحمه فان الفرس ماكول عندهما وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة مخففة عند ابي يوسف لا يمنع حتى يفحش وطاهر عند محمد لا يمنع وان فحش واما ابو حنيفة رحمه الله فانه حرم اكله وجعل بوله نجسا مخففا لتعارض الآثار وهو حديث العرنيين وقوله عليه السلام استنزهوا البول الحديث واعترض بان التعارض انما يتحقق اذا جهل التاريخ وفي حديث العرنيين دلالة التقدم لان فيه المثلة فيكون منسوخا ولا تعارض بين الناسخ والمنسوخ سلمنا ان فيهما تعارضا ولكنه في بول ما يؤكل لحمه والفرس عنده غير ماكول والكراهة فيه كراهة تحريم فيكون بوله نجسا مغلظا واجيب عن الاول بان الدلالة دون العبارة وفي عبارته تعارض فيرجح جانب العبارة ويحقق التعارض وهو فاسد لان اشتمال القصة على المثلة تدل على ان العبارة منسوخة فلا تعارض ولان الانتساخ المثلة لا يدل على انتساخ طهارة بول ما يؤكل لحمه لانهما حكمان مختلفان فلا يلزم من انتساخ احدهما انتساخ الآخر وهو ايضا فاسد لان حديث العرنيين الدال على طهارة بول ما يؤكل لحمه اما ان يكون منسوخا او لا فان كان الاول انتفى التعارض وان كان الثاني لم تثبت نجاسة بول ما يؤكل لحمه بقوله عليه السلام

استنزهو

استنزهوا البول عنده والامر بخلافه وعن الثاني بان حرمة لحم الفرس عنده لم تكن لنجاسته بل تحرزا عن تقليل مادة الجهاد وكان لحمه طاهرا عنده ولهذا قال بطهارة سؤره وهذا يلزم منه الانقطاع لان اول الكلام كان مبنيا على ان بول غير ماكول اللحم عنده نجس غليظ فاذا اورد عليه ما ذكر قيد بكونه الحرمة للنجاسة وقد عرفت بطلان ذلك في اصول الفقه ولصعوبة التفصي عن عهدة هذا المقام ذهب بعض المحققين الى ان المراد بتعارض الآثار التعارض في لحمه فانه روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال وروي انه صلى الله عليه وسلم اذن في لحوم الخيل وهذا يوجب التخفيف في بوله لانه ماكول من وجه فلا يكون كبول الكلب والحمار والكلام فيه كالكلام قبله لان النهي منسوخ كما في الحمار فان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور كالصقر والبازي والحدأة اجزأت الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة يعني انه طاهر عندهما وهو المنقول عن الكرخي ونجس عند محمد كالخمر وقيل في المغني اي يعني انه نجس بالاتفاق لكنه خفيف عند ابي حنيفة في الروايات جميعا وهكذا ذكره فخر الاسلام غليظ عندهما وهو المنقول عن ابي جعفر الهندواني ويفهم من لفظ المتن ان ابا يوسف مع ابي حنيفة في الروايات جميعا وهكذا ذكره فخر الاسلام في الجامع الصغير وهو خلاف ما في المنظومة والمختلف فان فيهما ان ابا يوسف مع ابي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني وهو قوله هو يقول التخفيف للضرورة على طريقة الهداية وفخر الاسلام وهو طاهر ولو وقع في الاناء قيل يفسده لامكان صونه لا واني عنه وبه اخذ ابو بكر الاعمش وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وبه اخذ الكرخي وان اصابه من دم السمك طاهر وقوله لم يذكر على التخفيف لان الدم على التحقيق يسود اذا شمس ودم السمك يبيض ولهذا احل تناوله من غير ذكاة وروى المعلى عن ابي يوسف انه اعتبر الكثير الفاحش فان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء اي بشيء يوجب الغسل على المصلي لانه لا يستطاع عنه الامتناع لا سيما في مهب الريح وقد سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك فقال انا ارجو من عفو الله اوسع من هذا او عن ابي جعفر الهندواني ان قول محمد مثل رؤس الابر لبيان ان الجانب الآخر من الابر معتبر وغيره من المشايخ قالوا لا يعتبر الجانبان جميعا للدفع الحرج **قال** والنجاسة ضربان الحصر ضروري لدورانه بين النفي والاثبات وذلك لان النجاسة بعد الجفاف اما ان تكون مرئية كالغائط والدم او غير مرئية كالبول ونحوه وطهارة الاولى زوال عينها من غير اشتراط عدد فيه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها وقوله الا ان يبقى من اثرها لونه ورائحته ما يشق ازالته بالاحتياج في الازالة الى غير الماء كالصابون والاشنان فان ذلك لا يمنع الجواز وهو استثناء العرض من العين وهو العين فيكون منقطعا والاصل في ذلك ان ازالة مثل ذلك حرج وهو موضوع وقد اشار الى ان غسلها ان زالت بمرة واحدة لا يحتاج الى غسل بعده وقوله فيه كلام اي اختلاف المشايخ كان ابو جعفر يقول بعد زوال العين النجاسة يغسل مرتين لانه التحق بغير مرئية غسل مرة فيغسل مرتين وطهارة الثانية ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر وكلامه ظاهر وقوله ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه فانه ذكر فيه حتى يغسلها ثلاثا وقد تقدم **وقوله** في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن محمد في غير رواية الاصول اذا غسل ثلاث مرات وعصر في المرة الثالثة تطهر وفي غير رواية الاصول ايضا انه يكتفي بالعصر مرة وهذا فيما ينعصر بالعصر اما في غيره كالحصير مثلا فان ابا يوسف يقول يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة فيطهر لان للتجفيف اثرا في استخراج النجاسة فتقوم مقام العصر اذ لا طريق سواه والحرج موضوع ومحمد يقول لا يطهر ابدا لان الطهارة بالعصر وهو مما لا ينعصر

فصل في الاستنجاء

قيل لم يذكر محمد الاستنجاء عند ذكر سنن الوضوء وان كان من اقوى سننه لانه اراد بهذا الوضوء الوضوء عن النوم لا عن

البول والغائط والاستنجاء الحدث الوضوء ليس بسنة وانما قلنا ذلك لان الله تعالى بدأ بالوضوء عن النوم وهذا
جاء عن بعض الصحابة فانه كان يقرأ يا ايها الذين امنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلوة واقول انما ذكره ههنا
لان الاستنجاء ازالة النجاسة الحقيقية فذكره ثمة انسب وفي المغرب نجا واستنجى اذا احدث واصله من النجوة وهو المكان
المرتفع لانه يستتر بها وقت قضاء الحاجة ثم قالوا استنجى اذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن او غسله
وهو سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه والمواظبة مع الترك دليل السنة ويجوز بالحجر وما
يقوم مقامه من المدر والتراب والقطن وغيرها في التنقية وكيفية ان يمسح الموضع حتى ينقيه لان الانقاء هو المقصود
وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من التثليث لقوله عليه السلام في حديث ابي ايوب الانصاري رضي
الله عنه وليستنج بثلاثة احجار امر والامر للوجوب فالحديث يدل على وجوبه بكيفية معلومة ولنا ما روى ابو
هريرة رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم من استجمر فليوتر من فعل فحسن ومن لا فلا حرج نفى الحرج
عمن ترك الاستنجاء اصلا فذلك ذلك انه لا يفترض وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة احرف
جاز بالاجماع فلا يصح الاستدلال به ويحمل الامر على الاستحباب توفيقا بين الحديثين وغسله بالماء افضل لقوله
تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء يعني اهل قبا وقوله ثم هو اي غسله
بالماء ادب لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يستنجي بالماء مرة ويتركه اخرى وهذا حد الادب وقيل هو سنة في زماننا
لان اهل الزمان الاول كانوا يبعرون بعرا وانتم تثلطون ثلطا هكذا روي عن الحسن البصري وقوله الا
اذا كان موسوسا بالكثير الوسوسة حديث الشعر وانما قيل موسوس لانه عند ابن عمار في ... فيقدر بالثلاث في حقه كما في
غير المرئية لان البول غير مرئي والغائط لا يراه المستنجي وكان بمنزلة البول وقيل بالسبع اعتبارا بالحديث الذي ورد
في ولوغ الكلب وقوله ولو جاوزت النجاسة مخرجها قيل بان يتلطخ نفسه وما حوله من موضع الشرج لم يجز الا الماء
وفي بعض نسخ المختصر الا المايع وقوله وهذا يعني قوله الا الماء والا المايع على خلاف الروايتين في تطهير العضو
بغير الماء يعني ان قوله الا الماء يدل على ان ازالة النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز الا بالماء وقوله الا المايع يدل
على ان ازالته يجوز بالمايع الذي يمكن به ازالة النجاسة وقوله على ما بيناه اي في اول باب الانجاس وقوله
وهذا اي الذي قلنا من اشتراط المايع اذا جاوزت النجاسة مخرجها لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء
بالضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى غيره فلا يجوز الا الماء والمايع وقوله ثم يعتبر
المقدار المايع ظاهر وقوله اعتبارا لسائر المواضع يعني ان في سائر المواضع قدر الدرهم عفو فاذا زاد عليه
يكون مانعا فكذا في موضع الاستنجاء الباقي ظاهر الى اخره والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الصلوة

قد تقدم في اول الكتاب وجه تقديم الصلوة على سائر العبادات بعد الايمان وهي في اللغة عبارة عن الدعاء
وفي الشريعة عبارة عن الاركان المعهودة والافعال المخصوصة وسميت بالصلوة لاشتمالها على المعنى اللغوي
فهي من المنقولات الشرعية وسبب وجوبها اوقاتها والامر طلب اداء ما وجب في الذمة بسبب الوقت
وقد ذكرنا وجه ذلك في التقرير وشرائطها الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والوقت والنية
وتكبيرة الافتتاح فان قيل جعلت الوقت سببا فكيف يكون شرطا قلت هو سبب للوجوب وشرط للاداء واركانها
القيام والقراءة والركوع والسجود والقعدة الاخيرة مقدار التشهد وحكمها سقوط الواجب بالاداء في الدنيا
ونيل الثواب الموعود في الاخرة وهي فريضة قائمة وشريعة ثابتة عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى واقيموا
الصلوة وقوله حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى فانه يدل على فرضيتها وعلى كونها خمسا لانه امر بحفظ جميع
الصلوات وعطف عليها الصلوة الوسطى واقل جمع يتصور معه الوسطى هو الاربع وبالسنة وهو قوله عليه السلام
ان الله فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير وبالاجماع فقد اجمع الامة

من لدن

من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على فرضيتها من غير نكير منكر ولا رد راد فمن انكر شرعيتها كفر بلا
خلاف

باب المواقيت

المواقيت جمع ميقات والميقات ما وقت به اي قدر من زمان كمواقيت الصلوات او مكان كمواقيت الاحرام وانما
ابتدأ ببيان الوقت لانه سبب للوجوب وشرط للاداء فكان له جهتان في التقديم وقدم من بينها وقت الفجر
لانه متفق عليه في اوله واخره ولان صلاة الفجر اول من صلاها ادم عليه السلام حين اهبط الى الارض من الجنة
واظلم عليه الدنيا وجن الليل ولم يكن يرى قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكرا لله تعالى
الركعة الاولى للنجاة من ظلمة الليل والثانية شكرا لرجوع ضوء النهار وكان ذلك تطوعا فكانت ركعتين وفرضت علينا
فلما كانت اولى صلوة صلاها الادمي قدمها في الذكر واول وقتها اذا طلع الفجر الثاني اي الفجر الصادق وهو البياض
المنتشر في الافق احترز به عن الفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو في السماء ويعقبه ظلام وتسميه العرب ذنب السرحان
واخر وقتها ما لم تطلع الشمس قيل هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على الجزء لان قوله ما لم تطلع الشمس يثبتنا ولم يرد
طلوع الفجر الى طلوع الشمس وليس المراد جزء قبل طلوع الشمس وهو جزء من جميع الوقت وحديث جبريل عليه السلام
وهو ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال امني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين
وصلى بي الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وصار الفيء مثل الشراك وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثله وصلى
بي المغرب حين غابت الشمس وصلى بي العشاء حين غاب الشفق وصلى بي الفجر حين طلع الفجر وصلى بي الظهر في اليوم الثاني
حين زالت الشمس وصار ظل كل شيء مثله وصلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه وصلى بي المغرب حين غربت
الشمس لوقته بالامس وصلى بي العشاء حين مضى ثلث الليل او قال نصف الليل وصلى بي الفجر حين طلع الفجر واسفر وكادت
الشمس ان تطلع ثم قال يا محمد هذا وقتك ووقت الانبياء من قبلك والوقت ما بين هذين الوقتين واعترض بان
قوله ما بين هذين الوقتين يقتضي ان لا يكون الاول والاخر وقتا وذلك خلاف الخط واجيب بانه لو اقتضى ذلك كانت الصلوة
فيهما واقعة في غير الوقت فلم يكن تعليما للوقت وانما معناه ليس الوقت منحصرا فيهما بل ما فعلنا بيان للحاضرين
وما بينهما وقت ايضا فكان الفعل بيانا للطرفين والقول لما بينهما وقوله فلا معتبر بالفجر الكاذب ظاهر وقوله
اذا زالت الشمس قيل اصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع انه يغرز خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ
الظل منه علامة فما دام الظل ينقص من الخط فهو قبل الزوال فاذا وقف لا يزداد ولا ينقص فهو ساعة الزوال
كذا في المبسوط التي هي عبارة عن الزوال واذا اخذ الظل في الزيادة فقد علم ان الشمس قد زالت كذا في المبسوط
وفي المحيط فاذا اخذ الظل في الزيادة فالشمس قد زالت فيخط على راس موضع الزيادة فيكون من راس الخط الى العود في
الزوال ثم هو مختلف باختلاف الامكنة والاوقات حتى قيل انه في اقليم اطول ايام السنة لا يبقى بمكة في ذلك الوقت
ظل على الارض وكذا بالمدينة تاخذ الشمس الحيطان الاربعة وذلك الفيء غير معتبر في التقدير بالظل المعتبر ما سوا
وقوله واخر وقتها عند ابي حنيفة اذا صار ظل كل شيء مثليه اعلم ان الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله اختلفت
في اخر وقت الظهر روى محمد عنه اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر
وهو الذي عليه ابو حنيفة وروى الحسن بن زياد عنه اذا صار ظل كل شيء مثله سوى خرج وقت الظهر ودخل
وقت العصر وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وروى اسد بن عمرو عنه اذا صار ظل كل شيء
مثله سوى خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه وعلى هذا يكون بين الظهر والعصر
وقت مهمل كما بين الظهر والفجر قال الكرخي وهذا اعجب الروايات لو افعتها الظاهر للاحتياط وقوله اخر الوقت
اذا صار ظل كل شيء مثله فيه تسامح لان اخر الشيء منه واذا صار ظل كل شيء مثله خرج وقت الظهر عنده وكذا اذا
صار مثليه عندهما الا ترى الى ما في المنظومة والعصر حين المرء بلغ ظله قدر صار مثليه وقالا مثله وبالجملة اخره
الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد خطوط واخر وقت المغرب حين يغيب الشفق يتحقق الخروج

وقوله لما جبريل اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها في اليوم الاول اي امامته للعصر في اليوم الاول في هذا الوقت وفي بعضها في اليوم الثاني اي امامته للظهر وفي بعضها للعصر في اليوم الثاني في هذا الوقت اي الوقت الذي جعله ابو حنيفة وقت الظهر وهو ما اذا صار ظل كل شيء مثليه وقوله وله قوله عليه السلام اي ما روى ابو سعيد رضي الله عنه ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم اي ادخلوا الصلوة في البرد يعني صلوها اذا سكنت شدة الحر وقوله من فيح جهنم اي من شدة حرها واشد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت يعني اذا صار ظل كل شيء مثله وهذا معارض لحديث امامة جبريل عليه السلام لان في امامته عليه السلام في صلاة العصر في اليوم الاول فيما اذا صار ظل كل شيء مثله دلت على خروج وقت الظهر فالامر بالابراد بالظهر دل على عدم خروجه لان شدة الحر في ديارهم كان في ذلك الوقت واذا تعارضت الاثار لا ينقضي الوقت الثابت بيقين بالشك قيل اول من صلى بعد الزوال ابراهيم عليه السلام حين امر بذبح الولد صلى اربعا الاولى شكرا لذهاب غم الولد والثانية شكرا لنزول الفداء والثالثة لرضى الله تعالى حين نودي قد صدقت الرؤيا والرابعة لصبر ولده على معرفة الذبح وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا وقوله واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين اي قول ابي حنيفة في الرواية المشهورة عنه وقول صاحبيه فعنده اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال دخل وقت العصر وعندهما اذا صار ظل كل شيء مثله واخر وقتها وقت غروب الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها ذكره في الصحيحين قيل واول من صلى العصر يونس عليه السلام حين انجاه الله تعالى من اربع ظلمات وقت العصر ظلمة الزلة وظلمة الليل وظلمة الماء وظلمة بطن الحوت فصلاها شكرا تطوعا وامرنا بها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس واخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله وقت المغرب مقدار ما يصلي فيه ثلاث ركعات وهو احد قوليه قال الغزالي في وقت المغرب قولان احدهما انه يمتد الى غروب الشفق واليه ذهب احمد بن حنبل والثاني انه مضى بعد المغرب وقت وضوء واذان واقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت وقال في الحلية قدر ثلاث ركعات وعلى هذا فما ذكره المصنف من جهته ليس بكاف واستدل بامامة جبريل في اليومين في وقت واحد كان للتحرز عن الكراهة لان تاخير المغرب الى اخر الوقت مكروه ثم اختلف العلماء في الشفق فقال ابو حنيفة رحمه الله هو البياض في الافق بعد الحمرة وهو قول ابي بكر ومعاذ وانس وابن الزبير رضي الله عنهم وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رواه اسد بن عمرو وهو قول ابن عمر وشداد بن اوس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم وبه اخذ الشافعي واستدل بقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة ولابي حنيفة ما رواه ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال واخر وقت المغرب اذا اسود الافق ولا يعتبر اسوداد الافق الا بعد زوال البياض وما رواه يعني قوله عليه الشفق هو الحمرة موقوف على ابن عمر رضي الله عنه ذكره في الموطا والموقوف لا ينتهض حجة وفيه اي في الشفق اختلاف الصحابة لما ذكرناه قيل يعني كلامه ان التمسك بالحديث فيما اختلف الصحابة لا يجوز لان عدم التمسك به او عدم القبول دليل انقطاعه فكيف يجوز التمسك في ذلك بالموقوف وفيه نظر لانه حينئذ مشترك الالزام قيل وقيل اول من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام حين خاطبه الله تعالى بقوله انت قلت للناس اتخذوني الاية وكان ذلك بعد غروب الشمس فالاولى لنفي الالوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته والثالثة لاثباتها لله وفيه نظر واول وقت العشاء اذا غاب الشفق واخر وقتها ما لم يطلع الفجر لما روى ابو هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال اخر وقت العشاء حين يطلع الفجر قال المصنف وهو حجة على الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب ثلث الليل ووجه ذلك انه يدل على قيام الوقت الى الفجر وحديث امامة جبريل عليه السلام يدل على ان اخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا واذا تعارضت الاثار لا ينقضي الوقت الثابت يقينا بالشك كما تقدم او يقول امامة جبريل عليه السلام لم يكن لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقت الصلاة بل الاثبات ما كان فيه الا ترى انه عليه السلام ام في اليوم الثاني الصبح حين اسفر والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس واذا لم يكن للنفي بقي ما رويناه سالما

عن المعارض

عن المعارض فيكون حجة قيل واول من صلى العشاء موسى عليه السلام حين خرج من مدين وضل الطريق وكان في غم اخيه هارون وغم عدوه فرعون وغم اولاده فلما انجاه الله من ذلك ونودي من شاطئ الوادي صلى الله عليه وسلم صلى اربعا تطوعا وامرنا بذلك وهذه الاقوال التي ذكرنا عقيب كل صلاة وجدناها في شرح شيخي العلامة قوام الدين الكاكي رحمه الله منقوله عن ابي الفضل مع زيادات فنقلناها مختصرة واول وقت الوتر بعد العشاء واخره ما لم يطلع الفجر عندهما لقوله صلى الله عليه وسلم صلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر وعند ابي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء لان الوتر عنده فرض عملا والوقت اذا جمع صلوتين واجبتين كان وقتا لهما جميعا كالفائتة والوقتية فان قيل لو كان وقت العشاء وقت الوتر جاز تقديمه على العشاء اجاب بقوله الا انه لا يقدم عليه عند التذكر يعني اذا لم يكن ناسيا للترتيب وعلى هذا اذا اوتر قبل العشاء متعمدا اعاد الوتر بلا خلاف وان اوتر ناسيا للعشاء ثم تذكر لا يعيده عنده لان النسيان يسقط الترتيب ويعيده عندهما لانه سنة العشاء كركعتي العشاء ولو قدم العشاء الركعتين على العشاء لم يجز عامدا كان او ناسيا فكذلك الوتر

فصل

ولما فرغ عن ذكر مطلق الاوقات شرع في بيان الكامل منها والناقص وجعل الكل فصلا على حدة وقدم الاوقات المستحبة على المكروهة ووجه ذلك ظاهر ويستحب الاسفار بالفجر اسفر الصبح اضاء ومنه اسفر بالصلاة اذا صلاها في الاسفار والباء للتعدية وقوله ويستحب الاسفار بالفجر باطلاقه يدل على ان البداءة والختم بالاسفار هو المستحب وهو ظاهر الرواية وقال الطحاوي يبدا بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة ووجه الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر ووجه الاسفار ان يبدا بالصلوة بعد انتشار البياض بقراءة مسنونة فان ظهر له حاجة الى الوضوء بعد الصلوة امكنه ان يتوضا ويصلي الفجر قبل طلوع الشمس وقال الشافعي رحمه الله يستحب التعجيل وهو ان يكون الاداء في النصف الاول في كل صلوة واستدل بما قالت عايشة رضي الله عنها كانت النساء ينصرفن من الصلوة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس قال المصنف والحجة عليه ما رويناه يعني من حديث رافع بن خديج وهو قوله عليه السلام اسفروا بالفجر الحديث وذلك لانه امر بذلك واقله الندب وما رويناه حكاية فعل لا يعادل قوله عليه السلام وقوله وما رويناه اشارة الى قوله وان كان في الصيف ابرد بها وذلك لانه يدعي التعجيل في كل صلوة فاذا ثبت التاخير في البعض كان حجة عليه وقوله والابراد بالظهر عطف على قوله الاسفار بالفجر وقوله لما روينا يعني ما روى قبل هذا الفصل من قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر الحديث وقوله لما روينا متعلق بقوله والابراد بالظهر وقوله ولرواية انس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها متعلق بالمسالتين جميعا وتاخير العصر في الصيف والشتاء ما لم تتغير الشمس لما في التاخير من تكثير النوافل لكراهتها بعد العصر ولهذا كان تعجيل المغرب افضل لان اداء النافلة قبلها مكروه وتكثير النوافل افضل من المبادرة الى اداء اول الوقت والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين اي تذهب الضوء فلا تعجز البصر بالنظر اليه بحيرة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول سفيان وابراهيم النخعي ان المعتبر تغير الضوء الذي يقع على الجدران قال شمس الائمة اخذنا بقول الشعبي وهو تغير القرص لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال وعما قيل تغير القرص به وهو ما قيل اذا قامت الشمس للغروب قدر رمح لم تتغير واذا كانت اقل من ذلك تغيرت وما قيل يوضع طست ماء في الصحراء وينظر فيه فان كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت وكان قوله هو الصحيح لبيان ان تغير القرص بهذا التفسير هو الصحيح وتغير الضوء والقرص بالتفسيرين الاخيرين ليس بصحيح والتاخير اليه الى هذا الوقت مكروه قالوا واما الفعل فغير مكروه لانه مامور بالفعل ولا يستقيم اثبات الكراهة للشيء مع الامر ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وفيه نظر لان كما يكون تاخيرها مكروها لا يستلزم ان يكون تعجيلها مستحبا لجواز ان يكون

مباح فالاثم يكون تاخير العشا الى النصف الاخير مكروه ولا يلزم من تركه الاستحباب لان التاخير الى نصف الليل مباح على ما
يجيء والجواب ان التاخير مكروه لما فيه من التشبه باليهود فتركه مستحب لان الاباحة فيه قد تفضي الى المسامحة وما
ذكره في العناية وغيره في جواب هذا السؤال مبنيا على امر الضدين او النقيضين لا يمشي قلنا ما قوله وقال
صلى الله عليه وسلم لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء ليل منقول على استحباب تعجيل المغرب ومعناه
لا تزال امتي بخير ما دام تعجيلهم المغرب ووجه التمسك ان الشرع رتب استمرار الخير على تعجيل المغرب والمباح لا يترتب
على فعله خير شرعي واعترض على المصنف في تاخير الحديث عن الدليل العقلي واجيب بانه فعل ذلك لان الحديث فيه
دلالة على تاخير العشا فذكره الفضلية وبين المدلول بدليل عقلي وليس بطائل فان قلت روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قرا سورة الاعراف في صلوة المغرب وذلك يدل على ان التاخير ليس بمكروه واجيب بان ذلك ليس مما نحن
فيه فان الكلام في التاخير الى وقت الكراهة ثم شرع والذي فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من باب المد
والمد الى الجزء معفو عنه بدليل استدلال عيسى بن ابان على جواز التاخير ويستحب تاخير العشا الى ما قبل
ثلث الليل لقوله صلى الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لاخرت العشا الى ثلث الليل وطولب بالفرق بينه وبين قوله
صلى الله عليه وسلم لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك فانهما على نهج واحد وذلك اثبت السنة وهذا اثبت الاستحباب
واجيب بان الكلام انما على نهج واحد في حديث السواك ينفي الامر لمانع المشقة فاذا انتفى الامر به وكان مقتضاه الوجوب
ثبت ما دون الوجوب وهو السنة وفيما نحن فيه المنفي للمانع هو التاخير ونفس التاخير لم يكن للوجوب بل للندب
والاستحباب ولان في التاخير قطع السمر التي بعده والسمر حديث لاجل المؤانسة وقال عليه السلام لا سمر بعد
العشاء وليكون اختتام الصحيفة بالعبادة كما جعل ابتداء الصحيفة بها ليمحي ما حصل بينهما من الزلات قال
الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات قوله وقيل في الصيف يعني يستحب تاخير العشا الى ثلث الليل شتاء وصيفا
وقيل في الصيف يعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل يعني في الشتاء والصيف قال في النهاية في الشتاء وفيه
نظر لانه لو كان ذلك لكان في الصيف مكروها وليس كذلك لان دليل الاباحة ونحو ما ذكره بقوله لان دليل الكراهة
وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة اي بالكلية مشترك بينهما فثبتت الاباحة فيهما
والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله اي قبل النصف الاخير يعني ان الاباحة
في النصف الاول انما ثبتت لمعارضة دليل الندب وهو قطع السمر دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة وفي النصف
الاخير لم يوجد دليل الندب اصلا لانقطاع السمر من قبل لان الغالب ان لا يكون في النصف الاخير سمر فبقي الكراهة
سالما عن المعارض واعترض بتعجيل المغرب في اول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل
الجماعة سالم عن معارضة دليل الندب واجيب بان المعارض هناك موجود ايضا وهو قوله تعالى وسارعوا
الى مغفرة من ربكم فان المسارعة الى العبادة بعد وجود السبب مندوب اليها لو لم يكن في التاخير معنى
تكثير الجماعة فكان معارض دليل الندب وهو المسارعة الى العبادة مع دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة
فثبتت الاباحة لذلك بخلاف تاخير العشا الى النصف الاخير فان دليل كراهته سالم من معارضة دليل الندب
اصلا لانه لم يوجد فيه المسارعة الى العبادة ولا تكثير الجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه قبله ويستحب في الوتر لمن يالف
الصلوة اخر الليل [illegible] بالنص وتعقيبه ان يوتر اخر الليل فيكون طرفا وروي مرفوعا وهو مفعول
قيل [illegible] في بعض النسخ ويستحب لمن يالف صلوة الليل تاخيرها الى اخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر
قبل النوم وهو ظاهر قوله فاذا كان يوم غيم يعني هذا الذي قلنا من بيان الاستحباب فيما اذا كانت السما
مصحية فاما اذا كانت متغيمة فالضابط العين مع العين يعني كلما فيما عين يعجل كالعصر والعشا وما عداها يؤخر
والظهر والمغرب يؤخر وما وجه تعجيل العصر والعشا فما ذكره في الكتاب وكذلك وجه تاخير الفجر وقوله
ولان الذي [illegible] ان ما بين الفجر وطلوع الشمس منه مدة مديدة فيخشى ان يقع الاداء وقت طلوع الشمس

وامّا خبر

واما تاخير الظهر فلانه لو عجل في يوم الغيم لم يؤمن ان يقع قبل الوقت وكذلك تاخير المغرب وروى الحسن عن ابي
حنيفة التاخير في الكل لما ذكر في الكتاب

فصل في الاوقات

التي تكره فيها الصلوة • لما فرغ من بيان احد قسمي الوقت شرع في بيان القسم الاخر ولقب الفصل بما يكره مع ان
فيه ذكر ما لا يجوز فيه الصلوة اعتبارا للغالب قوله لا يجوز الصلوة اعلم ان الفرائض لا تجوز عندنا في هذه
الاوقات وكذا النوافل في بعض الروايات وعند الشافعي يجوز الفرض في هذه الاوقات في جميع البلدان ويجوز
عنده فيها بمكة فقوله لا يجوز الصلوة ان اراد بها الفرض والنفل جميعا بجعل الالف واللام للجنس لزمه ان لا
يجوز النفل واذا لم يجز فاذا شرع فيه وافسده ينبغي ان لا يجب عليه قضاؤه لكن يجب عليه قضاؤه وذكر شمس الائمة
في اصوله بلا خلاف والتمرتاشي في الجامع الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف وان اراد به الفرض وحده وان
النفل جائز مكروه لم يستقم حمل الحديث حجة على الشافعي في جوازه النوافل فصاحب النهاية حمل اللام للجنس
متناولا للفرض والنفل واجاب عن ورود النفل ووجوب قضائه بالشروع بان معنى قوله لا يجوز نحله شرعا
واما لو شرع لزمه كما نقول لا يجوز مباشرة البيع الفاسد اما لو باشر وقبض المبيع يثبت الملك ويلزم عليه ان
يكون عدم الجواز في الفرائض بمعنى وفي النوافل بمعنى اخر فانه جعله فيها من قبيل نهي يقتضي الفسخ لمعنى في غيره مجازا
جمعا وذلك يقتضي الكراهة كما عرف في اصول الفقه وغيره حمل اللام لنوع مخصوص وهو الفرض وقال لو صلى
النوافل في الاوقات المذكورة جاز ويكره ونقل ذلك عن الكرخي والاسبيجابي ويلزمه ان لا يكون حمل الحديث حجة
على الشافعي مستقيما كما ذكرنا انفا لا يقال المراد بقول المصنف لا يجوز الصلوة الفرض والنفل جميعا والدليل
يجوز ان يكون اعم من المدلول لانا نقول ان كان المراد بالنهي عدم الجواز في الفرض والنفل جميعا لزم عليه ما نقله
عن الكرخي والاسبيجابي وان كان الجواز مع الكراهة فيهما لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعي الا اذا ثبت ان اصحابنا
يقولون بالجواز مع الكراهة فيهما وهو يقول بالجواز بلا كراهة ولم اطلع على ذلك فيما وجدته من النسخ وان كان
عدم الجواز في الفرض والجواز مع الكراهة في النفل لزم ان يكون اللفظ الواحد مرادا به معنيان لا على سبيل الكناية
وهو غير جائز واري ان المراد عدم الجواز في الفرض والنفل على بعض الروايات كما ذكرنا ولا يلزمه ما نقل
عن الكرخي والاسبيجابي لانه اختار خلافه والله اعلم واذا ظهر لك ما قررناه ان النسخة الصحيحة هو ان يقال حجة
على الشافعي في تخصيص الفرائض ومكة لانه هو الذي يفيد ما ذكرنا من مذهبه وان كان فيها اطلاق دون
ما عداه وهو ما وقع في بعضها من قوله في تخصيص الفرائض والنوافل بمكة وفي بعضها في التخصيص بمكة
وفي بعضها لم يذكر النوافل حجة الشافعي قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلوة او نسيها فليصلها اذا
ذكرها فان ذلك وقتها وهو مطلق في تخصيص مكة ما روى ابو ذر النهي عن الصلوة في هذه الاوقات
مقرونا بقوله الا بمكة والجواب عن الاول ان المبيح والحاظر اذا تعارضا جعل الحاظر متاخرا وقد عرف في
الاصول وعن الثاني ان هذه الزيادة لم يثبت لا لفظا اذا دمعناه ولا بمكة كما في قوله تعالى الا
خطاء اي ولا خطاء ثم اختلف العلماء في الارتفاع الذي تحل الصلوة عنده قال في الاصل اذا ارتفع
الشمس قدر رمح او رمحين قال الفضل ما دام الانسان يقدر على النظر الى قرص الشمس في الطلوع فلا تباح الصلوة
فاذا عجز عن النظر حلت وقوله حين تضيف للغروب يعني ما قبل التخصيص بالثلاثة يفيد الاعصار وذكر
الاستحباب غيرها من الاوقات ما يكره فيها الصلوة وذلك يستلزم ابطال العدد المنصوص عليه شرعا
واجيب بان غيرها ليس بمعناها لانه يجوز قضاء الفوائت وصلوة الجنازة وسجدة التلاوة فيها بخلاف
الثلاثة المذكورة فان ذلك لا يجوز فيها واذا كان المعنى مختلفا لا يلزم الابطال بل يكون كل واحد منهما
ما بيانه بدليل على حدة فاما الثلاثة المذكورة فبدليل حديث عقبة واما غيرها فلما جاء في الاحاديث
من قوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس وكذلك غيرهما

وقوله وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة روي عن ابي يوسف انه قال لا باس بالصلوة وقت الزوال
يوم الجمعة لحديث ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلوة في نصف النهار الا يوم الجمعة
واجيب بانه منقطع او معناه ولا يوم الجمعة كما تقدم في جواب الشافعي وقوله ولا صلوة جنازة معطوف على
اول الكلام وقوله لما روينا يعني قوله وان نقبر موتانا وقوله ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة في قوله
انها يشترط لها ما يشترط للصلوة يعني لما كانت في معنى الصلوة كانت داخلة تحت النهي عن الصلوة في قوله
ثلث اوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيها فان قيل ما بالها لم تلحق بها في قوله عليه السلام الا
من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا فينتقض وضوء الضاحك في سجدة التلاوة كما في الصلوة اجيب
بان اللام في قوله فليعد الوضوء والصلوة للعهد التي وجدت فيها القهقهة لا للجنس والمعهود صلوة ذات تحريمة
وركوع وسجود والسجود المجرد ليس في معناه من كل وجه فلا يلحق به واما النهي عن الصلوة في هذه الاوقات فلئلا
يقع التشبه بالصلوة لعبدة الشمس والسجود المجرد يحصل به ذلك وكان في معناه فالحق به كذا في الشروح ولو
قيل لانها في معنى الصلوة من حيث نوع التشبه به بعبدة الشمس وتوعده بالصلوة فدخلت تحت نهي ورد عن الصلوة
لذلك كان اخصر واحكم وقوله الا عصر يومه عند الغروب مستثنى من قوله والا عند غروبها وقوله لان
السبب هو الجزء القائم من الوقت قد تقدم ان السبب الصلوات اوقاتها ولكن لا يمكن ان يكون كل الوقت لانه
لو كان كذلك سببا لوقع الادا بعده لوجوب تقدم السبب بجميع اجزائه على المسبب فلا يكون اداء ولكن لابد
بذلك على قدر معين منه كالربع او الخمس او غيرها فوجب ان يجعل بعض منه سببا واقل ما يصلح لذلك الجزء الذي
لا يتجزى والجزء السابق لعدم ما يزاحمه اولى فان اتصل به الادا تعين لحصول المقصود وهو الاداء وان لم يتصل
انتقل الى الجزء الذي يليه ثم وثم الى ان يتضيق الوقت ولم يتقرر على الجزء الماضي لانه لو كان تقرر كان الصلوة في
اخر الوقت قضاء وليس كذلك لما سنذكره فكان الجزء الذي يلي الاداء هو السبب او الجزء المضيق او كل الوقت
ان لم يقع الاداء فيه لان الانتقال من الكل الى الجزء كان لضرورة وقوع الاداء خارج الوقت على تقدير سببية الكل
وقد زالت فيعود كل الوقت سببا ثم الجزء الذي يتعين سببا يعتبر صفته من الصحة والفساد فان كان صحيحا
بان لا يكون موصوفا بالكراهة ولا منسوبا الى الشيطان كالظهر مثلا وجب المسبب كاملا فلا يتادى ناقصا
وان كان فاسدا اي ناقصا بان يكون منسوبا الى الشيطان كالظهر لعصر يستانف وقت الاحمرار وجب الفرض
به ناقصا فيجوز ان يتادى ناقصا لانه اداه كما وجب بخلاف غيرها من الصلوات الواجبة باسباب كاملة فانها
لا تنقضي في هذا الوقت لان ما وجب كاملا لا يتادى ناقصا وقد ذكرنا ذلك في الانوار والتقرير مستوفى بعون
الله تعالى وتاييده واذا عرفت ذلك فقوله لان السبب هو الجزء القائم من الوقت فيه تسامح لان السبب اما الجزء
جزء والذي يلي الادا او الجزء المضيق او كل الوقت عند خروجه كما عرف في الاصول واما قوله فالمؤدي
في اخر الوقت قاض فقال صاحب الكافي انه مشكل لانه غير قاض بل مؤد باعتبار بقاء الوقت وايضا يلزمه على
تقريره جواز قضاء العصر في هذا الوقت لان الجزء القائم من الوقت ناقص فيجب به العصر ناقصا فينبغي ان يجوز
كعصر يومه والجواب عن الاول ان كلامه فيمن اخر العصر الى الغروب ولا شك ان السبب حقيقة هو الجزء القائم
من الوقت وهو المعبر عنه بالجزء المضيق وعن الثاني بان الجزء اذا تعين للسببية بحيث لا ينتقل الى غيره كان الا
عند تفويتا للواجب بالاستغراق في قوانين الشرع كالجزء الاخير من الوقت في الصلوة والجزء الاول من اليوم في الصوم
هكذا اجاب شيخي العلامة عبد العزيز ورد عليه بان الفوات بالتفويت عن الجزء الاخير من الوقت انما هو
باعتبار خروج الوقت لا باعتبار تعينه للسببية ولذلك عن الجزء الاول من اليوم لان وقت الصوم كل النهار
واذا فات البعض فات الكل واقول في الجواب عن السؤال ان كل ما كان سببا للوجوب فهو شرط للواجب
ولا يمكن ان يكون كل الوقت شرطا والا لكان في الادا في الوقت تقديم المشروط على الشرط وهو باطل كتقدم

المسبب

المسبب على السبب فلا بد وان يكون الجزء القائم اذ لو كان الجزء الماضي كان المصلي في اخر الوقت قاضيا
لفوات شرط الادا وعن الثاني بان قوله بخلاف غيرها من الصلوات بينا وان العصر القائم لان العصر القائمة
عصر يومه لا محالة وقد قال لانها وجبت كاملة وكل ما وجب كاملا لا يتادى ناقصا غير انه لم يذكر وجه
وجوبها كاملة ووجهه ما ذكرناه **قال** والمراد بالنهي المذكور في صلوة الجنازة يعني ان المراد بالنهي
المذكور في صلوة الجنازة يعني ان المراد بالنهي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة بقوله ولا صلوة جنازة
ولا سجدة تلاوة هو الكراهة يعني به نفي عدم الجواز بخلاف الفرائض في هذه الاوقات الثلثة سوى عصر يومه
كان قوله لا يجوز الصلوة عند طلوع الشمس الى اخره يجري حقيقته عدم الجواز فان قلت فعلى هذا يكون قوله
لا يجوز مستعملا في عدم الجواز بالنسبة الى الفرائض وفي الكراهة بالنسبة الى صلوة الجنازة وسجدة التلاوة
وهو جمع بين الحقيقة والمجاز قلت يقدر الفعل في المعطوف بمعنى الكراهة حتى يكون مرادين بلفظين ولا محذور
فيه فان قلت فما تفعل في الدليل وهو قول عقبة نهانا فانه بمعنى عدم الجواز وبمعنى الكراهة حينئذ قلت حكاية
فعل فجاز ان يكون النهي مكررا في معنى عدم الجواز مرة وفي معنى الكراهة اخرى واما قوله لا يجوز الصلوة فيها
ولا للفرض والنفل فانما يستقيم على غير ظاهر الرواية وهو ان النفل ايضا لا يجوز في هذه الاوقات كما تقدم واما
ظاهر الرواية فانه غير مستقيم لانه اذا شرع في التطوع في هذه الاوقات وجب عليه القضاء ولو مضى عليه خرج
عما وجب عليه بالشروع ذكره في نوادر المبسوط وكذا لو قطعها واداها في وقت اخر مكروه مثله جاز ولانه
يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد رواية لا يجوز قوله ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد
العصر حتى تغرب الشمس لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك والحديث في الصحيحين واستشكل بانه غيا الكراهة
الى الطلوع والغروب وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها وههنا ليس كذلك لانها ثابتة بعد الطلوع الى ارتفاعها
وبعد الغروب الى اداء المغرب والجواب انه يثبت بمفهوم الغاية وهو غير لازم على المخالفة بانه اذ الكراهة
بعد الطلوع والغروب بمعنى اخر والحق ان يقال معناه حتى تقرب طلوع الشمس وحتى تقرب للغروب فانه لو كان
على حقيقته كانت الكراهة لمعنى في الوقت وهو خلاف مراده وقوله ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين يعني
بعد العصر والفجر الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول
به وما كان لحق الفرض لا يظهر في حق حقيقة الفرض فان شغل الوقت بحقيقة الفرض اولى من الشغل تقديرا فلا يظهر
في حق الفرائض وما هو بمعناها في الوجوب لعينه كسجدة التلاوة فانها تجب لعينها لكون وجوبها غير موقوف
على فعل العبد بل لوجوبها بالسماع فصارت كالفرائض وكذلك صلوة الجنازة لكون وجوبها غير موقوف
على فعل العبد وظهرت في حق المنذور وركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لتعلق وجوب المنذور
بسبب من جهته اي جهة الناذر لا لانه المنذور عبده من جهة الشرع وكان كالصلوة شرع فيها تطوعا ولا وجوب
لغيره وهو ختم الطواف الحاصل بفعله وكان كالنفل والصيانة المؤدي ليلا يلزم ابطال العمل واذا ظهرت في حق المنذور
الواجب وركعتي الطواف والفاسد بعد الشروع الواجبين فلان يظهر في حق النوافل اولى وقوله لا لمعنى في الوقت
تاكيد لقوله لحق الفرض فيه اشارة الى الفرق بين النهي الوارد في هذين الوقتين والوارد في الاوقات الثلثة
المذكورة بان ذلك المعنى في الوقت وهو كونه منسوبا الى الشيطان فيظهر في حق الفرائض والنوافل وغيرهما وهذا
المعنى يتعلق الفرض وشغله بالفرض التقديري اولى من النفل دون الفرض الحقيقي فظهر في حق النفل دون الفرض
فان قيل ركعتا الطواف واجب عندنا على ما يجيء في كتاب الحج فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب
سجدة التلاوة بعد التلاوة فينبغي ان يؤتى بها كسجدة التلاوة في هذين الوقتين واجيب بان الوجوب لختم
الطواف ينتقض بسجدة فان وجوبها للتلاوة وهي فعله ايضا فالجواب ما اشرنا اليه ان السجدة قد تجب
بتلاوة غيره اذا استمعه من غير قصد ولا كذلك ركعتا الطواف **وقوله** ويكره ان يتنفل طاهرا

وقوله مع حرصه على الصلوة يعني أن الترك مع الحرص على احراز فضيلة النفل دليل الكراهة وقد دل قوله
ولا يتنفل بعد الغروب ظاهر والمعنى في النهي في هذه الاوقات كالنهي بعد الفجر وبعد العصر لانه ليس لمعنى
في الوقت بل لحق ركعتي الفجر ليصير الوقت كالمشغول به وبالمبادرة الى اداء المغرب فانها فيه مستحبة ولحق الشاغل
عن استماع الخطبة فلا يظهر في حق الفرائض فكان الحاصل أن ما كان النهي فيه لمعنى في الوقت أثر في النوافل جميعا
وما كان لمعنى في غيره أثر في النوافل دون الفرائض وما هو في معناه والله تعالى اعلم

باب الاذان

لما كان الاذان اعلاما بدخول سبب الصلوة ناسب أن يذكر عقيبه والاذان في اللغة الاعلام قال الله
تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام وفي الشريعة عبارة عن اعلام مخصوص في اوقات مخصوصة وسببه
مشروعيته ابتداء ما رواه جماعة من الصحابة منهم عمر نزول الملك من السماء وتعليم الالفاظ المخصوصة وبقاؤه
دخول وقت الصلوة المكتوبة وصفته ما ذكره في الكتاب وهو قول عامة المشايخ انه سنة للصلوات الخمس
والجمعة وذكر الجمعة لدفع وهم من يتوهم أن الاذان أن لا اذان لها كصلوة العيدين بجامع انهما يتعلقان
بالامام والمصر الجامع والا فهي داخلة تحت الخمس وقوله للنقل المتواتر يعني ثبت متواترا أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذن للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها من الوتر وصلوة العيدين والخسوف والكسوف والاستسقاء
وصلاة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روي عن محمد أن اهل بلدة من بلاد الاسلام
اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال انما يكون على ترك الواجب دون السنة والجواب انه قال ذلك لانه
وان كان سنة الا أن تركه بالاصرار استخفاف بالدين فيلزم القتال وصفة الاذان اي كيفيته معروفة وهو كما
اذن الملك النازل من السماء واختلف في ذلك الملك فقيل انه جبريل عليه السلام وقيل كان غيره وقوله
ولا ترجيع فيه وهو اي الترجيع أن يرجع وهو ظاهر وقوله وقال الشافعي فيه ذلك اي في الاذان الترجيع
وقوله لحديث ابي محذورة ظاهر الى قوله قلنا ترجيعا ذكره في الاسرار أن النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك
لحكمة رويت في قصته وهي أن ابا محذورة كان يبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الاسلام بغضا شديدا
فلما اسلم امره بالاذان فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته حياء من قومه فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم
وعرك اذنه وقال له ارجع وامدد بها صوتك اما ليعلمه انه لا حياء من الحق أو ليزيده محبة للرسول صلى الله عليه
وسلم بتكرير كلمات الشهادة وقوله لان بلالا روي ان بلالا اذن للصلوة الفجر ثم جاء الى باب حجرة عائشة
فقال الصلوة يا رسول الله فقالت عائشة الرسول نائم فقال بلال الصلوة خير من النوم فلما انتبه اخبرته
عائشة فاستحسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال له اجعله في اذانك وقوله وخص الفجر ظاهر وقوله
فهو حجة على الشافعي في قوله انها فرادى فانه يقول بشفع الاذان وبوتر الاقامة لحديث انس أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم امر بلالا بذلك قلنا المعتمد ما فعل الملك النازل والمشهور فيه التكرار ومعنى حديث انس
ان يؤذن بصوتين ويقيم بصوت واحد بدليل أن في الاقامة قد قامت الصلوة وهو مشفوع كله موتر صوتا
وروي مرفوعا ان مؤذنا يوتر الاقامة فقال اشفعها لا ام لك وقوله ويترسل في الاذان بيان السنن التي
فيه وهي نوعان ما يرجع الى نفس الاذان وما يرجع الى نفس المؤذن من صفات المؤذن فالاول هو أن ياتي برفع
صوته ويفصل بين كلمتي الاذان بسكتة مطولا غير مضطرب وهو الترسل من قولهم اذا تمهل فيها وتوقر ولا يفصل
بين كلمتي الاقامة بل يجعلهما كلاما واحدا وهو الحدر ويكون صوته اخفض من صوت الاذان ويرتب بين كلمات
الاذان والاقامة كما شرع فان قدم بعضا واخر بعضا قال والافضل الاعادة مراعاة للترتيب ويوالي
بين كلمات الاذان والاقامة حتى لو ترك الاقامة الموالاة فالسنة أن يعيد الاذان ويستقبل بهما القبلة الا
في الصلوة والفلاح والثاني هو أن يكون ذكرا عاقلا صالحا عالما بالسنة واوقات الصلوة فاذان الصبي

العاقل

العاقل صحيح من غير كراهة في ظاهر الرواية واذان البالغ افضل واذان غير العاقل والسكران يعاد وكذلك
اذان المرأة وقوله ويستقبل بهما اي بالاذان والاقامة القبلة لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله
ويحول وجهه للصلوة والفلاح يعني عند قوله حي على الصلوة حي على الفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم
فيواجههم به قيل لو كان كذلك لما حول وراءه ايضا لان القوم كما يكونون فيهما كذلك يكونون في الخلف واجيب
بانه انما لم يحول وراءه لان فيه استدبار القبلة فيما هو دعاء الى التوجه اليها فاكتفى فيه بما يحصل من
بلوغ الصوت عند تحويل الوجه يمنة ويسرة وان استدار في صومعته فحسن ظاهر وقوله وان لم يفعل فحسن
اي الاذان حسن لا ترك الفعل لانه وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد
وهو الاصل في باب الاذان لكنه فعل امر به النبي صلى الله عليه وسلم بلالا فلا يليق أن يوصف تركه بالحسن
ولم يؤثر في زوال الحسن المتمكن في نفس الاذان الذي هو من سنن الهدى فكان معناه أن الاذان بذلك الفعل
احسن وبتركه حسن وقوله والتثويب في الفجر مبتدأ وقوله حسن خبره وقوله ذكره في سائر الصلوات
لما روي أن عليا راى مؤذنا يثوب في العشاء فقال اخرجوا هذا المبتدع من المسجد وروي مجاهد قال دخلت مع
ابن عمر مسجدا نصلي فيه الظهر فسمع المؤذن يثوب فغضب وقال قم حتى نخرج من عند هذا المبتدع فما كان التثويب
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في الفجر وقوله ومعناه اي معنى التثويب في الاصطلاح العود الى
الاعلام بعد الاعلام وهو في اللغة عبارة عن الرجوع ومنه سمي الثواب لان منفعة عمله تعود اليه وهو اي التثويب
على حسب ما تعارفه اهل كل بلدة من التنحنح وقوله الصلوة الصلوة او قوله قامت قامت لانه للمبالغة في
الاعلام وانما يحصل بذلك بما تعارفوه وقوله وهذا اشارة الى قوله حي على الصلوة حي على الفلاح تثويب
احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر لما ذكرنا انه وقت غفلة ولم يذكر
التثويب القديم ههنا وذكر في الاصل أن التثويب الاول كان في صلوة الفجر بعد الاذان الصلوة خير من
النوم فاحدث الناس هذا التثويب يعني به قوله حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين والمتاخرون استحسنوه
اي التثويب المحدث في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية ولكن لم يشترطوا غير ذلك اللفظ
الذي هو حي على الصلوة بل ذكروا ما تعارفوه كما ذكرنا انفا ويكون هذا احداثا بعد احداث لان التثويب
الاصلي الصلوة خير من النوم لا غير في اذان الفجر فاحدث علماء الكوفة حي على الصلوة حي على الفلاح بين
الاذان والاقامة على حسب ما تعارفوه في جميع الصلوات سوى المغرب مع بقاء الاول وما رآه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن وقوله وقال ابو يوسف كلام يتعلق بالتثويب المحدث في سائر الصلوات بزيادة
اختصاص بمن يكون مشتغلا بامور المسلمين وهو ظاهر قال ويجلس بين الاذان والاقامة
الا في المغرب لا خلاف أن وصل الاذان والاقامة مكروه لان المقصود بالاذان اعلام الناس بدخول الوقت
ليتاهبوا للصلوة بالطهارة فيحضروا المسجد لاقامة الصلوة وبالوصل ينتفي هذا المقصود فان كانت الصلوة
مما يتطوع قبلها فمسنونا كان او مستحبا يفصل بينهما بالصلوة لقوله عليه السلام بين كل اذانين صلوة قاله
ثلثا وقال في الثالثة لمن شاء فان لم يصل يجلس بينهما لحصول المقصود واما اذا كان المغرب فقد اتفقوا على
أن الفصل لا بد منه فيها ايضا لكنهم اختلفوا في مقداره فعند ابي حنيفة المستحب أن يفصل بينهما بسكتة قائما مقدار
ما يتمكن فيه من قراءة ثلث آيات قصار او آية طويلة وفي رواية عنه مقدار ما يخطو ثلث خطوات ثم يقيم
وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح والفرق
قد ذكرنا اشارة الى قوله أن التاخير مكروه بخلاف سائر الصلوات فان التاخير فيها ليس بمكروه والاشتغال
بالركعتين يؤدي الى التاخير فلذلك لا يفصل بينهما والمذكور ههنا من مذهب الشافعي مناف لما تقدم في باب
المواقيت من وقت المغرب وهو أن يصلي فيه ركعات قال رايت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ولا يقيم ولا يجلس وهذا

يعتد ما قلنا إن الجلوس عنده في أذان المغرب وإنما أورده ليؤكد قول أبي حنيفة بفعله قيل وإنما ذكر محمد في
الجامع الصغير أبا يوسف باسمه دون كنيته دفعا لوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين وكان مأمورا من جهة أبي
يوسف أن يذكره باسمه حيث يذكر أبا حنيفة. **قوله** والمستحب معطوف على ما قلنا يعني يعتد ما قلنا ويعتد
استحباب كون المؤذن عالما بالسنة أي بأحكام الشرع لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم وخيارهم من كان
عالما بأحكام الشرع وهذا إيراد على من يقول الأحسن للإمام أن يفوض الأذان والإقامة إلى غيره فإن النبي صلى
الله عليه وسلم ما كان يباشر الأذان والإقامة بنفسه وكان إماما ما لم يجهر في الصلوة فلما أذن وأقام صلى الله عليه
وسلم أحيانا لما روى عقبة بن عامر قال كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فلما زالت الشمس أذن وأقام وصلى
الظهر وقوله غداة ليلة التعريس التعريس النزول في آخر الليل روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى عبد الله بن أبي
قتادة عن أبيه قال سرنا مع رسول الله ليلة فقال بعض القوم لو عرست بنا يا رسول الله قال أخاف أن تناموا
عن الصلوة قال بلال أنا أوقظكم فاضطجعوا وأسند بلال ظهره إلى راحلته فغلبته عيناه فنام واستيقظ النبي صلى
الله عليه وسلم وقد طلع حاجب الشمس فقال يا بلال أين ما قلت قال ما ألقيت علي نومة مثلها قط إن الله قبض أرواحكم
حين شاء وردها عليكم حين شاء يا بلال قم فأذن بالصلوة فتوضأ فلما ارتفعت الشمس وابياضت قام فصلى بالناس
جماعة وهو أي قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بأذان وإقامة حجة على الشافعي في اكتفائه بالإقامة لا يقال قد روي
أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بلالا فأقام ولم يذكر الأذان لأن القصة واحدة والعمل بالزيادة أولى وفيه نظر
لأن ذلك إنما يكون إذا كان روايتان وإن لم يثبت ههنا ذلك والجواب أن الراوي إذا كان متعددا إنما يعمل بالخبر
إذا أمكن العمل بهما وههنا لا يمكن ذلك لكون القصة واحدة فإن فاتته صلوات أذن للأولى وأقام لما روينا من حديث
ليلة التعريس وكان مخيرا في الباقي إن شاء أذن وأقام ليكون القضاء على حسب الأداء وإن شاء اقتصر على الإقامة
لأن الأذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة إليه فإن قيل إذا كان الرفق متعينا في أحد الأمرين فلا تخيير بينهما
كما في قصر صلوة المسافر وههنا الرفق متعين في الإقامة فما وجه التخيير أجيب بأن ذلك بين الشيئين الواجبين
لا في السنن والتطوعات قال وعن محمد روي في غير رواية الأصول عن محمد إذا فاتت صلوات تقضى الأولى بأذان
وإقامة والبواقي بالإقامة دون الأذان قال أبو بكر الرازي يجوز أن يكون هذا قولهم جميعا والمذكور في الكتاب
محمول على الصلوة الواحدة فيرتفع الخلاف بين أصحابنا **قال** وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر
ينبغي للمؤذن أن يؤذن ويقيم على طهر لأن لهما شبها بالصلوة على ما سيأتي فإن أذن بغير وضوء جاز بلا كراهة
في ظاهر الرواية لأنه ذكر وكان الوضوء فيه مستحبا كالقراءة ويكره أن يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الإقامة
والصلوة بالاشتغال بأعمال الوضوء والإقامة شرعت متصلة بالشروع في الصلوة ويروى أنه أي الشأن لا يكره
الإقامة أيضا لأنها أحد الأذانين والآخر هو الأذان لا يكره بلا وضوء فكذا الإقامة ويروى يكره الأذان أيضا
وهو رواية الكرخي لأنه يصير داعيا إلى ما لا يجيب بنفسه ويكره أن يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق
على إحدى الروايتين أي بين أذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا يكره إذ أنه أن للأذان شبها بالصلوة
في أنهما يفتتحان بالتكبير ويؤديان مع الاستقبال ويرتب كلمات الأذان كأركان الصلوة ويختصان بالوقت ولا
يتكلم فيهما إلا أنه ليس بصلوة على الحقيقة ولو كان صلوة على الحقيقة لم يجز مع الحدث والجنابة فإذا كان مشبها
بها كره مع الجنابة اعتبارا للشبهة ولم يكره مع الحدث اعتبارا للحقيقة ولم يعكس لأنا لو اعتبرنا في الحدث جانب
الشبه لزمنا اعتباره في الجنابة بطريق الأولى لأن الجنابة أغلظ الحدثين وكان يتعطل جانب الحقيقة
وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على إعادة وعدمها وقوله أما الأول يعني عدم إعادة أذان
المحدث وإقامته وقوله وأما الثاني يعني استحباب الإعادة بسبب الجنابة **وقوله** روايتان في ظاهر
الرواية يستحب وفي رواية الكرخي يجب والأشبه إعادة الأذان فقط لأن تكرار الأذان مشروع في الجملة

كما في

كما في الجمعة بخلاف الإقامة وقوله يعني الصلوة إنما فسره بعد الآية قال في الإيضاح ويحتمل أن يكون المراد من الجواز
أصل الأذان لأن رفع الصوت زائد في الباب وقوله وكذلك المرأة تؤذن عطف على قوله والجنب أحب إلي أن
يعيد وقوله ليقع أي الأذان على وجه السنة فإن أذان المرأة لا يكون على وجه السنة وتركه بجعل هذه السنة
بل على وجه البدعة لأنها إن رفعت صوتها فقد أوقعت في موضع ارتكبت بدعة وإلا لم تؤذن على وجه السنة وترك وجه
هذه السنة بدعة وليس على النساء أذان ولا إقامة لأنهما سنتا الصلوة بالجماعة وجماعتهن منسوخة
وإن صلين جماعة صلين بغير أذان وإقامة لحديث رابطة قالت كنا جماعة من النساء أمتنا عائشة بلا أذان
ولا إقامة وقوله ولا يؤذن لصلوة ظاهر **وقوله** والحجة على الكل أي على أبي يوسف والشافعي وأهل
الحرمين يعني أن الحديث حجة على الآخذ والمأخوذ منه فإن قيل جاء في الحديث لا يغرنكم أذان بلال ونعلم
به أنه كان يؤذن قبل الوقت أجيب بأنه حجة لنا لأنه حيث لم يعتبر النبي صلى الله عليه أذانه ونهاهم عن الاغترار
وإعادته وقد ذكر في المبسوط أن أذان بلال أنكره عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن ينادي على نفسه
ألا إن العبد قد نام يعني نفسه أي أنه أذن في حال النوم والغفلة وكان يبكي ويطوف حول المدينة ويقول ليت
بلالا لم تلده أمه وابتل من نضح دم جبينه وإنما قال ذلك لكثرة معاتبة رسول الله صلى الله عليه وسلم إياه وقوله
لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة قال في النهاية ذكر هذا الحديث في المبسوط لخطاب غيرهما وقال روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لمالك بن الحويرث وابن عم له إذا سافرتما فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما
وروى فخر الإسلام وليؤمكما أكبركما سنا فإن تركهما جميعا يكره ظاهر وقوله لقول ابن مسعود روي أن ابن
مسعود صلى بعلقمة والأسود بغير أذان وإقامة فقيل له ألا تؤذن وتقيم فقال أذان الحي يكفينا وذلك
لأن المؤذن نائب عن أهل المحلة في الأذان والإقامة ولنصبهم إياه لذلك وكان المصلي في الحي بغير أذان
وإقامة حقيقة مصليا بهما حكما فلا يكره بخلاف المسافر فإنه صلى وحده بغير أذان وإقامة يكره لكونه تاركا لهما
حقيقة وحكما فهو تارك للجماعة حقيقة وشبها وترك الصلوة بجماعة مكروه فكذا ترك السنة كما إذا عجز عن
الصوم وقدر على السنة فإنه أكره له أن يترك.

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

لما فرغ من ذكر السبب وما هو علامة عليه ذكر بقية الشروط والشروط جمع شرط
وهو العلامة وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن داخلا وقوله التي تتقدمها صفة مؤكدة
لا مميزة إذ ليس من الشروط ما لا يكون متقدما حتى يكون احترازا عنه وهو قريب عن أسلوب قوله تعالى يحكم
بها النبيون الذين أسلموا **وقوله** يجب على المصلي أن يقدم الطهارة إنما أعاده وإن كان قد علم مما تقدم
كونها شرطا للصلوة لكون الباب مشتملا على جملة الشروط وقوله أي ما يواري عورتكم عند كل صلوة يعني لأجل
الصلوة لا لأجل الناس لأن الناس في الأسواق أكثر منهم في المساجد فلو كان لأجلهم لقال عند دخول الأسواق
فكان معناه خذوا ما يواري عورتكم من الثوب الذي يحصل به الزينة وهي ستر العورة عند كل صلوة لأن أخذ
الزينة نفسها وهي مصدر لا يمكن إلا بهذا الطريق من باب إطلاق اسم الحال على المحل وفي قوله عند كل مسجد إطلاق
اسم المحل على الحال فإن قيل روي عن ابن عباس أنها نزلت في شأن الطواف لا في حق الصلوة فلا يكون حجة في وجوب
الستر في حق الصلوة أجيب بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وقوله عند كل مسجد عام فلا يختص
بالمسجد الحرام وقوله قال عليه السلام لا صلاة لحائض إلا بخمار أي لبالغة لأن الحائض لا صلوة لها لا بخمار
ولا بغيره وكان مجازا عن البالغة لأن الحيض يستلزم البلوغ وفي دلالة الآية والحديث على فرضية ستر
العورة نظر أما الآية فإنها تفيد الوجوب في حق الطواف ولهذا كان الطواف العاري معتدا به فلو أفادت
الفرضية في حق الصلوة لكان لفظ خذوا مستعملا في الوجوب والافتراض وذلك لا يجوز وأما الحديث فلأنه
خبر واحد وهو لا يفيد الفرضية وأجيب بأن الآية قطعي الثبوت دون الدلالة على ذلك التقدير والحديث

بالعكس

قطعي الدلالة لاداة الحصر ظني الثبوت لكونه خبر الواحد فبمجموعهما تحصل الدلالة على الافتراض فتأمل وقوله ولهذا
تبين ان السرة ليست من العورة لانه قال ما بين سرته الى ركبته وقال ما دون سرته والمفهوم من ذلك ان لا تكون
السرة عورة وقوله والركبة معطوف على السرة وفيهما خلاف الشافعي فان قيل كلمة الى للغاية وهي في مثل هذا الموضع
لمد الحكم اليها فلا يدخل اجاب بقوله كلمة الى نحملها على كلمة مع كما في قوله تعالى ولا تأكلوا اموالهم الى اموالكم
عملا بكلمة حتى في قوله حتى يجاوز ركبته او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وفيه نظر لان حتى اذا دخل الفعل
كان بمعنى الى في مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما وكان ينبغي ان يقول وعملا بقوله عليه السلام بالواو لان المعارضة قائمة
بكل منهما والجواب عن الاول انه بمعنى الى لكن مع دخول الغاية وقد قررناه في التقرير وعن الثاني بان كلمة او لمنع
الخلو لا لمنع الجمع فلا يكون منافيا ثم ان المشايخ اختلفوا في ان الركبة مع الفخذ عضو واحد او كل منهما عضو على
حدة قال المصنف في التجنيس ثم الركبة الى اخر الفخذ عضو واحد حتى لو صلى والركبتان مكشوفتان والفخذ مغطى
جازت صلوته لان نفس الركبة من الفخذ اقل من الربع قال وقد قيل انها بانفرادها عضو ولكن الاول اصح لانه ليس
بعضو على حدة في الحقيقة بل هي ملتقى عظم الفخذ والساق وانما حرم النظر من الرجال لتعذر التمييز فعلى الاول من
تبعيضية وعلى الثاني بيانية **قال** وبدن الحرة كلها عورة كلها تاكيد للبدن وتأنيثه لتأنيث المضاف
اليه كما في قولهم ذهبت بعض اصابعه قوله وكفيها يشير الى ان ظاهر الكف عورة وهو ظاهر الرواية لان الكف عرفا
لا يتناول ظهره وفي مختلفات قاضي خان ظاهر الكف وباطنه ليسا بعورتين وقوله صلى الله عليه وسلم المرأة
عورة مستورة خبر بمعنى الامر ومثله يقصد التأكيد وقيل معناه من حقها ان تستر وقوله واستثناء العضوين
يعني الوجه والكف للابتلاء بابدائهما لان المرأة لا تجد بدا من مزاولة الاشياء بيديها ومن كشف وجهها لا سيما
في الشهادة والمحاكمة قوله وهذا اي قول القدوري وبدن الحرة كله عورة الا وجهها وكفيها تنصيص منه
على ان القدم عورة لانه لم يستثنها وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ليست بعورة وبه قال الكرخي قال المصنف
وهو الاصح لانها تبتلى بابداء القدم اذا مشت حافية او متنعلة فربما لا تجد الخف على ان الاشتهاء لا يحصل بالنظر الى
القدم كما يحصل بالنظر الى الوجه فاذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم اولى ولما كانت رواية الجامع الصغير
مما يدل على ان القدم ليست بعورة عطفها على ما قبلها بالفاء فقال فان صلت وذلك لا تجوز الصلوة مع كشف ما
دون ربع الساق فكانت القدم مكشوفة لا محالة فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة عامة
في جميع بدنها ولم يذكر لفظه استثناء العضوين او الثلاثة بالابتلاء تخصيص بلا ابتداء وهو لا يجوز عندنا كما عرف في
موضعه فالجواب ان قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية اما ان يكون ورد قبل الحديث او بعده
فان كان بعده نسخ عموم الحديث وان كان قبله فالحديث بعده لكونه خبر الواحد لا يبطل شيئا كما تقدم وقوله
وثلث ساقها او ربع ساقها مكشوف قيل ما وجه الجمع بين الثلث والربع وذكر الربع يغني عن ذكر الثلث واجيب
بان وجهه التنبيه من الكاتب ولهذا لم يكتبه فخر الاسلام وعامة المشايخ لعدم الفائدة وبانه شك وقع من الراوي
عن محمد وبانه اذا ذكر الربع علم ما فيه الثلث بالدلالة وبالتنصيص على ما ثبت لا لانها التصريح غير قبيح قال الله
تعالى فذلك يومئذ يوم عسير على الكافرين غير يسير وبان الربع مانع قياسا والثلث استحسانا وردة على العبا
الاستحسان وبان الربع مانع مع القدم والثلث بدونها وبان ابا حنيفة سئل عن هذه المسئلة على هذا الوجه
فاورد محمد كذلك واعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو واختلفوا في الحد الفاصل
بينهما فقال ابو محمد الربع كثير وما دونه قليل وقال ابو يوسف ما دون النصف قليل لان الشيء لا يوصف بالكثرة
الا اذا كان ما يقابله اقل منه لان القليل والكثير من اسماء المقابلة يعرف به يقابل المضايف والاضافية تكون
ماهيتها معقولة بالقياس الى غيره اخرى تكون ماهيتها معقولة بالقياس الى الحية الاولى كالابوة والبنوة والذي في
الشروع ان المقابل بينهما يقابل الضدين ليس بشيء لا اجتماعهما في محل واحد فان الشيء الواحد يجوز ان يكون قليلا

بالنسبة

بالنسبة الى شيء وكثيرا بالنسبة الى غيره وعلى هذا ورد في النصف عن ابي يوسف روايتان وقوله واعتبار الخروج
عن حد القلة او عدم الدخول في ضده دليل الروايتين يعني ان النصف لما خرج عن حد القلة لان مقابله ليس باكثر منه
كان داخلا تحت حد الكثير وكان قليلا لا تجب به الاعادة **وقوله** في ضده اي في مقابله وكانه هو حمل الشارح
على تفسير المقابلة بالضاد وقوله ان الربع يحكي حكاية الكمال يعني ان ربع الشيء اقيم مقام الكل في مواضع كثيرة
من الاحكام واستعمال الكلام كما في الراس والحلق في الاحرام ويقال رايت فلانا وانه لم ير منه الا وجهه
احد الجوانب الاربعة فكذا ههنا احتياطا في باب العبادة واعترض بان اعتبار هذا في الراس غير مستقيم
لان مسح كل الراس واجبا حتى يقوم الربع مقامه بل الواجب منه بعض الراس واجيب بان الاصل في الراس غسل
كله كما في غسل الوجه لان التطهير المقصود بالوضوء يحصل به الا ان الشارع اكتفى بالمسح عن الغسل ثم اكتفى بالبعض
عن الكل دفعا للضرورة فكان الربع قائما مقام الكل من هذا الوجه وقيل هذا التشبيه في القدر بالقدر لا تشبيه
الواجب بالواجب كما في قوله صلى الله عليه وسلم انكم سترون ربكم الحديث فان فيه تشبيه الرؤية بالرؤية
لا تشبيه المرئي بالمرئي والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف ان الذي تقدم ذكره ان الربع مانع
او النصف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس قيل جعل الشعر من الاعضاء للتغليب او لانه
جزء من الادمي حتى لا يجوز بيعه والمراد به النازل من الراس اي المسترسل **وقوله** هو الصحيح احتراز عن اختيار
الصدر الشهيد وغيره ان المراد بالشعر ما على الراس واما المسترسل وهو ما نزل الى اسفل من الاذنين ففي كونه
عورة روايتان واختار الفقيه ابو الليث كونه عورة احتياطا لان تلك الرواية تقتضي ان يجوز النظر الى صدغ
الاجنبية وطرف ناصيتها كما ذهب اليه ابو عبد الله البلخي وهو امر يؤدي الى الفتنة فكان الاحتياط في الاخذ بهذه
الرواية وقوله وانما وضع غسله جواب عما يقال لو كان الشعر النازل من الراس عورة لكان باعتبار انه ليس من بدنها
وليس كذلك لان غسله في موضع وليس بشيء من بدنها كذلك ووجهه ان سقوط غسله ليس باعتبار انه ليس من بدنها
بل من بدنها خلقة لاتصاله به ولكن سقط غسله لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف يعني الذي تقدم
من الانكشاف الربع او النصف والعورة الغليظة هي القبل والدبر وهذا التقسيم انما يستقيم على اعتبار الكرخي
حيث ذكر في كتابه انه يعتبر في السوأتين قدر الدرهم وفيما عدا ذلك الربع وانما قال ذلك لان العورة نوعان
غليظة وخفيفة كالنجاسة ثم في النجاسة الغليظة يعتبر الدرهم وفي الخفيفة الربع فكذا في العورة واما على
اختيار عامة العلماء فلا فائدة في تقسيمها اذ في كل منهما يعتبر انكشاف الربع مانعا عندهما خلافا لابي يوسف
سواء كان ذلك عضوا صغيرا او كبيرا وما ذهب اليه الكرخي وهم لانه قصد به التغليظ في العورة
الغليظة فخفف لانه اعتبر في الدبر قدر الدرهم وهو لا يكون اكثر من قدر الدرهم فهذا يقتضي جواز الصلوة
وان كان جميع الدبر مكشوفا وهو شنيع والذكر يعتبر بانفراده عضوا يمنع انكشاف ربعه جواز الصلوة وان
كان جميع وكذا الانثيان وهو الصحيح دون الضم كما في الدية احتياطا وهو احتراز عما قيل ان الخصيتين مع
الذكر عضو واحد لانهما تبع للذكر فيعتبر ربع المجموع عندهما قال شيخ الاسلام هذا كله عند علمائنا واما عند
الشافعي فان القليل والكثير في ذلك سواء في المنع عن جواز الصلوة فكان الخلاف في هذا كالخلاف في قليل
النجاسة **قال** وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة • ما كان عورة من الرجل فهو عورة
من الامة قال في شرح الطحاوي ومن كان في رقبتها شيء من الرق فهو في معنى الامة وهذا لان حكم العورة
في الاناث اغلظ فاذا كان الشيء من الرجل عورة فمن الانثى اولى وظهرها وبطنها عورة لانهما محل الشهوة وما
سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر حين راى جارية متقنعة
فعلاها اي ضربها بالدرة **وقوله** يا دفار بالدال المهملة اي يا منتنة وروي ان جواريه كانت تخدم
الضيفان مكشوفات الرؤس مضطربات الثديين والمهنة بفتح الميم وكسرها الخدمة والابتذال ضد …

يبين العورة خدمهم وانكر الاصمعي الكسر وقوله في حق جميع الرجال اي سوى مولاها وقوله ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة بالقصر ليتناول المايعات ومعناه على الوجه الذي ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لان في الصلوة فيه اي في الثوب الذي يكون الطاهر منه اقل من الربع ترك فرض واحد وهو الطهارة وفي الصلوة عاريا ترك الفرايض كستر العورة والقيام والركوع والسجود وقوله لان كل واحد منهما اي من الانكشاف والنجاسة مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويا اي وهما يستويان خبر مبتدا محذوف ليكون عطف جملة اسمية على اسمية وقوله وفي حق المقدار يجوز ان يكون معناه ان القليل من كل واحد غير مانع والكثير مانع فلما كان كذلك ثبتت المساواة بينهما في المانعية من غير رجحان لاحدهما على الاخر فيختار ايهما شاء ويكون معناه في مقدار الربع فان المانع في النجاسة الحقيقية مقدر بالربع وكذا المانع في العورة الربع فلما استويا في المانعية وفي المقدار استوى اختيار المصلي ايضا في ان يصلي فيه او يصلي عريانا وحاصله انهما يستويان في الموضعين في المنع وفي المقدار فيجب ان يستويا في حق الصلوة في ذلك الثوب اي في حق اثبات الاختيار ايضا وقوله وترك الشي الى خلف لا يكون تركا جواب عن قوله وفي الصلوة عريانا ترك الفروض لكن قوله ترك الفروض ممنوع وجوابه المذكور انما يستقيم على تقدير ان يصلي العاري قاعدا واما اذا صلى قايما فانما يكون تاركا لفرض واحد وهو الستر واذا ترك فرضا واحدا فقد اقام فرضا بازايه وهو ترك استعمال النجاسة وكان ترك فرض بازاء الاتيان بفرض اخر فيتخير وكان محمد بنى كلامه على ما هو الافضل في الصلوة قاعدا حملا لحال المسلم على ما هو الاصلح فان قيل سلمنا انه اتى بفرض وترك فرضا لكن لا نسلم المساواة بينهما فان فرضية الستر اقوى من فرضية ترك استعمال النجاسة لما ذكر في الكتاب بقوله لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها فالجواب انا لا نسلم ان فرضية الستر اقوى فان خطاب الستر في حق الصلوة انما هو في الستر بالطاهر لا بالنجس واذا كان كذلك تساويا ولئن سلمنا ذلك لكنه اذا صلى قاعدا فقد اتى ببعض الستر وما قام مقام الاركان وترك استعمال النجاسة واذا صلى بالثوب قايما فقد استعمل النجاسة واتى بالاركان فيستويان فيتخير وان لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا نقله اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي ابن مالك انه قال ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي ابن مالك انه قال ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ركبوا في السفينة فانكسرت بهم السفينة فخرجوا من البحر عراة فصلوا قعودا وهذا قول روي عنهم ولم يرو عن اقرانهم خلافه فحل محل الاجماع وقوله فان صلى قايما اجزاه ظاهر وقوله الا ان الاول يعني الصلوة قاعدا افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس وما كان كذلك كان اكد ولان الايماء خلف عن الاركان فيه فلا ترك بخلاف الستر فانه لا خلف له قيل هذا لان المعنيين يقتضيان انحصار الجواز في القعود فلا وجه للجواز قايما والجواب انه ممنوع فان وجه الجواز قايما موجود وهو الاتيان بالاركان نفسها والاتيان بها خير من الاتيان بخلفها والستر وان كان اهم وجوبا ونفعا لكنه لم يحصل بجميعه واذا لم يحصل بجميعه لم يعتبر في مقابلة ترك الركوع والسجود الذي هو الركن الاصلي في الصلوة وهذا يقتضي ان لا يجوز قاعدا فقد تقابلا فيميل الى ايهما شاء ولكن القعود افضل لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلوا ذلك على ما ذكرنا وذلك القدر من الستر يصلح لترجيح جانب القعود لان الستر وان كان قليلا فهو اولى من الاركان لقيام الخلف مقامها **قال** وينوي للصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل الكلام ههنا في مواضع في نفس النية وفي الاصل الذي وجبت به وفي وقتها وكيفيتها والمصنف بدا ببيان الاصل الثابتة هي به فقال والاصل فيه وفي اشتراط النية قوله صلى الله عليه وسلم الاعمال بالنيات اي حكم الاعمال او ثوابها ملصق بها وقيل تقريره الصلوة عمل والاعمال بالنيات فالصلوة بالنية فما لا يكون بالنية لا يكون صلاة وفيه نظر ولان ابتداء الصلوة بالقيام وهذا ظاهر وهو اي القيام متردد بين العادة والعبادة فلا بد له منها متردد

بينهما

بينهما فلا بد من التمييز بينهما ولا يقع التمييز الا بالنية ثم ذكر وقته بقوله والمتقدم على التكبير كالقايم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة وهذا على سبيل الجواز فانه روي عن محمد انه لو نوى عند الوضوء انه يصلي الظهر او العصر مع الامام ولم يشتغل بعد النية بما ليس من جنس الصلوة الا انه لما انتهى الى مكان الصلوة لم تحضره النية جازت صلوته بتلك النية واما الافضل فانه تكون مقارنة للشروع ولا يكون شارعا بنية متاخرة عن التحريمة واختلفوا على قوله فقيل الى انتهاء الثناء وقيل الى التعوذ وقيل الى الركوع وقيل الى ان يرفع راسه من الركوع وقوله لان ما مضى لم يقع عبادة لعدم النية والاجزاء الباقية مبنية عليه فلم تجز بخلاف الصوم فان نيته فيه جوزت متاخرة عن اول جزء للضرورة لان ذلك وقت نوم وغفلة فلو شرطت النية وقت الشروع وهو وقت انفجار الصبح لضاق الامر على الناس واما الصلوة فانه يبتدا بها في وقت انتباه ويقظة فلا ضيق في اشتراط النية عنده ثم ذكر نفس النية بانها هي الارادة اي الارادة الجازمة القاطعة وذلك لان النية في اللغة العزم والعزم هو الارادة الجازمة القاطعة والارادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما فالنية ان يجزم بتخصيص الصلوة التي يدخل فيها وتميزها عن فعل العادة ان كانت فعلا وعما يشاركها في اخص اوصافها وهو الفرضية ان كانت فرضا **وقوله** والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي قيل وامارة علمه بذلك انه لو سئل عن ذلك امكنه ان يجيب على البديهة فان توقف في الجواب لم يكن عالما به واعترض بان هذا ينزع الى تفسير النية بالعلم وهو غير صحيح لانه لا يلزم من العلم بالشي نيته الا ترى ان علم الكفر لا يلزم منه شي ومن نوى الكفر كفر واجيب بان معنى كلامه والشرط قصد بعد ان يعلم وهو بعيد اذ ليس في كلامه ما يشير اليه ولا يلوح واقول انه اراد بذلك ما ذكرنا انفا وهو ان يجزم بتخصيص الصلوة التي يدخل فيها وغيرها الى اخره لان التخصيص والتمييز بدون العلم لا يتصور وقوله اما الذكر باللسان فلا معتبر به اي في حق الجواز لكنه حسن لاجتماع عزيمته وقوله ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وذلك لان الصلوة التي يدخل فيها اما ان يكون فرضا او غيره والثاني يكفي فيه مطلق النية نفلا كانت او سنة في الصحيح لان النية في النفل للتمييز عن العادة وهو يحصل بمطلق النية وقوله في الصحيح احترازا عما قيل انه لا بد من ان ينوي سنة الرسول عليه السلام لان فيهما صفة زايدة على النفل المطلق كالفرض والاول المصلي فيه اما ان ينوي منفردا او مقتديا بالامام والمنفرد يلزمه تعيين الفرض الذي يدخل فيه بالظهر مثلا ولا يكفيه ان يقول نويت الفرض لاختلاف الفروض فلا بد من التمييز ومنهم من يقول اذا نوى الظهر او العصر مثلا ولم ينو ظهر اليوم او الوقت ان كان يصلي في الوقت لا يجزيه لجواز ان يكون عليه ظهر صلوة فايتة فلا يتعين المقصود والاول اظهر لان ظهر الوقت مشروع الوقت والفايتة ليست كذلك بل انما يؤديها بخطاب جديد فمطلقه ينصرف الى ظهر الوقت واما الشرط المتقدم وهو ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي فعام في هذه المقالات وغيرها فان المدار عليه لحصول التمييز به وهو المقصود والمقتدي بغيره ينوي الصلوة على الوجه المذكور ومتابعته لانه يلزمه فساد صلوة المقتدي من جهة ذلك الغير وهو الامام فلا بد من التزام الاقتداء حتى لو ظهر ضرر الفساد كان ضررا ملتزما وانما لم يذكر الامام وان اشترط له امامة النساء لان حضورهن الجماعة مكروه نادرا لو تروح في عامة الامصار **قال** ويستقبل القبلة استقبال القبلة ايضا من شروط الصلوة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره اي شطر المسجد الحرام وجهة وجهة الاستدلال ان الله تعالى قال فلنولينك قبلة ترضاها ثم امر بالتوجه شطر المسجد ثم المصلي اما ان كان بمكة او غايبا عنها والاول فرضه اصابة عينها لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في المسجد الحرام متوجها الى الكعبة ومضى على ذلك الصحابة والتابعون فكان اجماعا على ذلك والثاني فرضه اصابة جهتها لان الله تعالى امر النبي صلى الله عليه وسلم والمؤمنين بالتوجه الى المسجد الحرام وهم بالمدينة دون الكعبة وفيه اشارة الى ان اصابة عينها للغايب غير لازم لان التكليف بحسب الوسع وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الشيخ ابي عبد الله الجرجاني

أن فرضه اصابة عينها بن يلد بذلك اشتراط نية عين الكعبة لان اصابة عينها وهو غائب عنها غيب لا يطلع عليه فكان التكليف بها تكليفا بما ليس بمقدور فلا يجوز اشتراطها واما من كان الشرط عنده اصابة الجهة فلم يكن له حاجة الى النية واما نية الكعبة بعد التوجه اليها فكان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يشترطه والشيخ ابو بكر محمد بن حامد لا يشترطه وقال المصنف في التجنيس ونية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال البيت شرط من الشروط فلا تشترط فيه النية كالوضوء وقوله ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر بيان ان التوجه الى القبلة يسقط بعذر الخوف لاسباب مثل ان اختفى من عدو او لص ونحوه انه ان تحرك واستقبل القبلة يشعر به العدو فانه يجوز له ان يصلي قاعدا بالايماء او مضطجعا حيث ما كان وجهه وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة وليس له من يحوله وكذا اذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخاف انه لو استقبل القبلة سقط في الماء جاز له ان يصلي حيث كان وجهه لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه ومن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع من يسأله اجتهد وصلى قيد بقوله وليس بحضرته من اهل ذلك الموضع لانه لو كان بها منهم لم يجز له الاجتهاد في امر القبلة وانما عليه السؤال وقال اجتهد لانه ليس له ان يصلي بلا اجتهاد لان الصحابة اشتبهت عليهم القبلة فتحروا وصلوا ثم ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم وقوله ولان العمل بالدليل الظاهر واجب ظاهر **وقوله** ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري الى اخره قيل هذا اي يصح جوابا للشافعي لان له ان يقول سلمنا ان التكليف مقيد بالوسع لكن حال العمل يأتي بما في وسعه كما امر به ولا يأثم به عند ظهور الخطا وليس كلامنا فيه وانما كلامنا اذا ظهر خطاؤه يتعين ان يكون فعله كلا فعل في حق وجوب الاعادة ام لا ليس فيما ذكرتم ما يدل على نفيه ولنا ما يدل على ثبوته من الاستقراء كما اذا صلى في ثوب باجتهاده على انه طاهر فكان نجسا وكما اذا توضأ بالتحري بماء في الاواني على انه طاهر فكان بخلافه وكما اذا حكم الحاكم باجتهاده ثم حكم ثم وجد نصا بخلافه فان عليه الاعادة فيها كلها لظهور الخطا بيقين مع جواز العمل بما في وسعه عند توجه الخطاب بالعمل به فكذلك فيما نحن فيه واجيب بالفرق بان النجاسة وامثالها مما لا يحتمل الانتقال من محل الى محل فلم يجز له العمل الا بالطاهر ما ادى اليه تحريه فاذا ظهر ما هو اقوى منه ابطله لانه غير قابل للانتقال حتى يقال انه كان في ذلك الوقت طاهرا ثم تنجس بعده بيقين بل هو حين صلى كان ذلك الثوب موصوفا بالنجاسة وكذا في حكم القاضي بالاجتهاد فيما فيه نص بخلافه واما القبلة فهي من قبيل ما يحتمل الانتقال الا ترى انها انتقلت من بيت المقدس الى الكعبة ومن عين الكعبة الى الجهة اذا بعد من مكة ومن جهة الكعبة الى سائر الجهات اذا كان راكبا فانه يصلي حيث ما توجهت به راحلته فيجعل ما صلى الى جهة بالتحري اذا تحول رايه منتقلا من التوجه الى تلك الجهة فكان تبدل الراي فيه بمنزلة النسخ فيعمل به في المستقبل ولا يظهر به بطلان ما مضى كما في النسخ الحقيقي لان الشرط ان يكون مبتلى بالتوجه عند القيام الى الصلوة وهو المقصود في الامر بالتوجه الى الكعبة لان الله تعالى لا جهة له حتى يتوجه اليه وانما يتحقق هذا اذا صلى الى الجهة التي وقع عليها تحريه وقوله وان علم ذلك في الصلاة ظاهر وقباء بالضم والمد من قرى المدينة ينون ولا ينون وقوله من غير نقض المؤدى فلما ذكرنا ان دليل الاجتهاد بمنزلة دليل النسخ وان النسخ يظهر في المستقبل لا في الماضي وقوله ومن ام قوما في ليلة مظلمة ظاهر وقوله ومن علم منهم اي من القوم المقتدين بحال الامام قال في النهاية وهذا القيد وهو علم المقتدين بحال كونهم مأمومين لغير بلا لازم في حق فساد صلوتهم فانه لو علم حال الامام قبل الاقتداء فالحكم كذلك وان كان الامام في وقت الاقتداء على التحري وفيه نظر لان قوله ومن علم منهم اي من القوم المقتدين حال امامه اعم من ان يكون علم قبل الاقتداء به او بعده وانما ان العلم قبل الاقتداء كالعلم بعده فلما ذكر المصنف في التجنيس رجل تحرى القبلة فاخطأ ودخل في الصلوة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل في صلاته وقد علم حالته الاولى لا تجوز صلاة الداخل لانه دخل في صلوته وعلم ان الامام كان على الخطا في اول صلوته ولو علم من اول صلاته

ان الامام على الخطا ودخل في صلاته لم تجز فكذا هذا وقد استشكل صورة هذه المسئلة لانه وضعها في الليلة المظلمة والصلوة فيها جهرية فحينئذ تعلم حال الامام بصوته واجيب بان يكون الصلوة قضاء ويكون الامام ترك الجهر نسيانا او بانهم عرفوا امامهم بصوته انه قد جهر لكن لم يميزوا من صوته انه الى اي جهة توجه وقد ذكرنا غير ذلك في التقرير والله اعلم

باب صفة الصلاة

لما فرغ من ذكر الوسائل شرع في بيان المقصود والوصف والصفة مترادفان عند اهل اللغة والهاء عوض من الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين من اصحابنا ان الوصف هو كلام الواصف والصفة هي المعنى القائمة بذات الموصوف والظاهر ان المراد بالصفة ههنا الهيئة الحاصلة للصلوة باركانها وعوارضها **قوله** فرائض الصلوة ستة القياس ان يقال ست لان الفرائض جمع فريضة لكن قاله على تأويل الفرض الذي هو جمع فرض وفي بعض النسخ ست وانما قال فرائض الصلوة ولم يقل اركانها لان الفرائض اعم يتناول الاركان وغيرها ومن المذكور في الكتاب التحريمة وهي فرض وليس بركن والتحريم جعل الشيء محرما والهاء لتحقيق الاسمية وانما سميت التكبيرة الاولى بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء المباحة قبلها بخلاف سائر التكبيرات وهي فرض لقوله تعالى وربك فكبر اي وخص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء وان يقال الله اكبر روي انه لما نزل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله اكبر فكبرت خديجة وايقنت انه الوحي فانه سورة المدثر اول سورة نزلت ودخلت الفاء لمعنى الشرط كانه قيل ما كان فلا تدع تكبيره ووجه الاستدلال ان المراد به تكبيرة الافتتاح باجماع اهل التفسير ولان الامر للوجوب وسائرها ليس بواجب بالاجماع فتعينت له ضرورة والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين اي مطيعين وقيل خاشعين وقيل ساكتين وعن ابن عمر ان القنوت طول القيام في الصلوة ووجه الاستدلال ما مر انه امر بالقيام وهو للوجوب وليس القيام واجبا خارج الصلوة فكان واجبا فيها ضرورة والقراءة لقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن ووجه الاستدلال ما مر وسنذكر في فصل القراءة مقدارها وقوله نحا لغاية في الوجوب والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا على ما مر من وجه الاستدلال قيل كان الناس اول ما اسلموا يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فامروا ان يصلوا بالركوع والسجود والقعدة في اخر الصلوة مقدار التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم علق التمام اي تمام الصلوة بالفعل قرأ او لم يقرأ لانه علقه باحد الامرين من قراءة التشهد والقعود وواحد منهما وهو القراءة لم تشرع بدون الصلوة الاخرى حتى لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فيه وانعقد على ذلك الاجماع فكان الفعل موجودا على تقدير القراءة البتة وكان هو المعلق به في الحقيقة لا سواه لانه الاخر وكل ما علق بشيء لا يوجد دونه فتمام الصلوة لا يوجد بدون الفعل اي القعدة واتمام الصلوة واجب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فالقعدة واجبة اي فرض فان قيل هذا خبر واحد وهو بصراحته لا يفيد الفرضية فكيف مع هذا التكلف العظيم اجيب بانه قوله تعالى اقيموا الصلوة مجمل وخبر الواحد لحق بيانا به والمجمل من الكتاب اذا لحقه البيان الظني كان الحكم بعده مضافا الى الكتاب لا الى البيان في الصحيح وقد قررنا ذلك في التقرير لا يقال الامر فليكن الامر في قراءة الفاتحة كذلك فيكون واجبة لان نص القراءة ليس بمجمل بل هو خاص فتكون الزيادة عليه نسخا بخبر الواحد وهو لا يجوز وفيه وجه وهو ان خبر الواحد اذا كان متلقى بالقبول جاز اثبات الركنية فاولى ان يجوز اثبات الفرضية لان درجات الركنية اعلى وقد ثبتت ركنية الوقوف بعرفات بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة والوقوف معظم اركان الحج لا محالة والمصنف رحمه الله جعل القعدة من فرائض الصلوة حيث ذكر فيها فجاز ان يثبت بخبر تلقي بالقبول **قال** وما سوى

ذلك فهو سنة اي ما سوى ما ذكرنا من الفرايض فهو سنة اطلق بعض القدوري اسم السنة عليها وان كان بعضها واجبا كقراءة الفاتحة الى اخره فلا يكون اطلاقا صحيحا والعذر لما ذكره بقوله وتسميتها سنة في الكتاب اي القدوري لما انه ثبت وجوبها بالسنة واعلم ان المراد بالواجب ما يجوز الصلوة بدونه ويجب بتركه ساهيا سجدة السهو وبالسنة ما فعله النبي عليه السلام بطريق المواظبة ولم يتركها الا لعذر كالثنا والتعوذ وتكبيرات العيد والنحو وللصلوة اداب والادب فيها ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة او مرتين ولم يواظب عليه كزيادة التسبيحات في الركوع والسجود على الثلثة والزيادة على القراءة المسنونة **قوله** ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا يعني في الركعة الواحدة كالسجدة الثانية من الركعة الاولى فان من تركها ساهيا واقام واتم صلوته ثم يذكر فان عليه ان يسجد السجدة المتروكة ويسجد للسهو كترك الترتيب وقوله فيما شرع مكررا احترازا عما شرع غير مكرر كالركوع فانه بعد السجود لا يقع معتدا به بالاجماع وقوله وهذا هو الصحيح احترازا عن جواب القياس في تكبيرات العيدين وقنوت الوتر فانه لا يجب السجود على من تركها ساهيا لانها سنة بتركها لا يتمكن كثير نقصان في الصلوة كما اذا ترك الثنا والتعوذ لان مبنى الصلوة على الافعال دون الاذكار ووجه الاستحسان وهو الصحيح ان هذه السنة تضاف الى جميع الصلوة يقال تكبيرات العيد وقنوت الوتر فاما تكبيرة الركوع وثناء الافتتاح لا تعتبر مضافة الى جميعها فبتركها لا يتمكن النقصان فيها كذا في المبسوط وفيه نظر لانهم قالوا المراد بالواجبة ما يجوز الصلوة بدونه ويجب سجدة السهو بتركه ساهيا وهذه الاذكار مما يجب السجدة بتركها ساهيا والصلوة بدونها جائزة فيكون واجبة وليس كذلك والجواب ان ذلك على وجه القياس ونحن نقول من هذا ان كل ما هو واجب يجب بسجدة السهو بتركه ساهيا وبالعكس على وجه القياس ولنا على وجه الاستحسان فلا ينعكس فانه ليس كل ما يجب السجدة بتركه واجبا فانها تجب بترك سنة مضافة الى جملة الصلوة كما ذكرنا فان قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى واجبة ذكره في باب سجود السهو من هذا الكتاب ولم يذكره ولذلك تعديل الاركان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اجيب بان مقصوده لم يكن ذكر جميع الواجبات بل بيان ان ما سوى المذكور ليس بمختص في السنة وذلك يحصل بارادة صورة واحدة وقيل قوله وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة واجيب بان الجمع بين الحقيقة والمجاز جائز اذا كان في محلين مختلفين على مذهب بعض العراقيين والشيخ ابو الحسن القدوري فلا يرد عليه واما صاحب الهداية فقد تبعه في ذلك وخلله ظاهر والحق انه ليس من باب الجمع بينهما بل المراد بقوله فهو سنة ثابت بالسنة والواجبات والسنن المذكورة في هذا الكتاب داخلة تحت هذه اللفظ بطريق الحقيقة **وقوله** واذا شرع في الصلوة كبر اي اذا اراد الشروع لان التحريمة ليست بعد الشروع بل الشروع يتحقق بها قال محمد في المبسوط اذا اراد الرجل الدخول في الصلوة كبر وقوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وربك فكبر **وقوله** وقال عليه معطوف على قوله لما تلونا معنى والتحريمة مصدر حرم وهذا مضاف الى فاعله وهو الصلوة ولا يقدر له معطوفة مفعول لان المقصود اثبات التحريم لها لا ايقاعها على شيء اخر وقوله التكبير لا ينبغي ان يكون محمولا على تحريمها ولا ينبغي العكس ايضا على ظاهر الكلام لان تحريم الصلوة غير افعال الصلوة على المصلي لكن عن التكبير ولا يمكنه فيكون معناه تحريم الصلوة بالتكبير ولكن جعل التكبير عين التحريمة مبالغة وهو اي التكبير شرط عندنا خلافا للشافعي قوله حتى ان من تحرم بالفرض فله ان يؤدي بها التطوع عندنا لما كانت التحريمة شرطا جاز اداء النفل بتحريمة الفرض وعنده لما كانت ركنا لم يجز ذلك فان اداء الصلوة بشرط واحد يجوز وبركن واحد لا يجوز فان قيل الاقسام العقلية اربعة بناء الفرض على الفرض وبناء النفل على النفل وبناء الفرض على النفل وبناء النفل على الفرض وهو المذكور في الكتاب فلم يجوز غيره من الاقسام الباقية اولا فالجواب ان بناء الفرض على الفرض يجوز عند ابي اليسر قال في مبسوطه لو شرع في الظهر واتمها ولم يسلم وبنى عليها عصرا فانه يجزئه ذكره القاضي ابو زيد في الاسرار وفخر الاسلام في اول الجامع الصغير وبناء النفل على

النفل يجوز واما بناء الفرض على النفل فقيل لم يوجد فيه رواية والظاهر عدم الجواز لان بناء المثل على المثل والاضعف على الاقوى معقول وموافق للاصول لان الشي لا يجوز ان يستتبع مثله او ما هو دونه واما ان يستتبع ما هو فوقه فلا يجوز لان فيه جعل الاقوى تابعا للادنى فان قلت قولهم الشرط يعتبر وجوده لا وجوده قصدا يقتضي جواز هذه الصورة كالصورة الباقية فالجواب ان وجود الشرط لا يوجب المشروط والمانع وهو ما ذكرنا من اتباع القوي الضعيف موجود فكان ممتنعا وهو اي الشافعي رحمه الله يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان من الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والنية والوقت وهو ظاهر وكل ما يشترط له باشتراط لسائر الاركان ركن قياسا على كل واحد من الاركان ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى عطف الصلوة على الذكر ولو كان ركنا لما جاز ذلك لانه يلزم عطف الكل على الجزء وفيه عطف الشيء على نفسه لاشتمال الكل على جزئه ولهذا اي ولانه ليس بركن لا يتكرر كتكرر الاركان في كل صلوة كالركوع والسجود وقوله ومراعاة الشرائط جواب عن قوله يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان ووجهه ان اشتراط ذلك ليس للتحريمة نفسها وانما ذلك لما يتصل به من القيام الذي هو ركن الاتري ان الاداء لما انفصل عن الاحرام في باب الحج لم يشترط للاحرام سائر شرائط الاركان فان الوقت شرط لاداء سائر الاركان ولا يشترط للاحرام عندنا والاختلاف فيهما على نسق واحد **قال** ويرفع يديه مع التكبيرة وهو سنة اي رفع اليدين في اول الصلوة سنة بلا اختلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه مع الترك وهو علامة السنة بخلاف ما اذا كان بلا ترك فان ذلك دليل الوجوب على ما سيأتي واختلفوا في افضلية وقت الرفع فقال شيخ الاسلام وقاضي خان مقارنا للتكبير ولفظ الكتاب يشير اليه وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي والمروي عبارة عن القول والمحكي عن الفعل وقال شمس الايمة السرخسي والذي عليه اكثر مشايخنا انه يرفع يديه اولا فاذا استقرتا في موضع المحاذاة كبر وجعله المصنف اصح لان في فعله وقوله معنى النفي والاثبات لانه ينفي بفعله الكبريا عن غير الله تعالى فيكون النفي متقدما على الاثبات كما في كلمة الشهادة ولا تكلف التفريق بين الاصابع عند رفع اليدين بتركها على ما هي عليه بين الضم والتفريق وما روي انه صلى الله عليه وسلم كبر ناشرا اصابعه معناه ناشرا عن طيها قوله ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه ظاهر ومذهبنا قول ابي موسى الاشعري ومذهب الشافعي قول ابن عمر ذكره شمس الايمة السرخسي وقوله ولان رفع اليد لاعلام الاصم قال بعض مشايخنا كان يجب ان يقول ورفع اليد لاعلام الاصم انتصارا بزيادة قوله ايضا لدفع الشافعي صورة لانه ذكرا اولا ان معنى رفع اليد نفي الكبريا عن غير الله فلا يكون لغيره وكان يجوز حصول المعلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان ويجوز ان تكون علة مركبة فاذا قال ايضا كان نفي الكبريا واعلام الاصم علة واحدة مركبة لرفع اليد ثم اعتذر بان المصنف تابع شمس الايمة وقد ذكره لذلك فان الاقتصار ترك التكليف في تفهيم المعنى وقيل لو كان الاعلام الاصم لما اتى به المنفرد واجيب بان الاصل هو الاداء بالجماعة قال الله تعالى اركعوا مع الراكعين فيكون الانفراد نادرا على ان حكم الحكم لا يراعى في كل فرد فان قيل فعلى هذا يجب ان لا ياتي به المقتدي اجيب بان الاصم يجوز ان يكون في اخر الصفوف وقوله وهو بما قلناه اي اعلام الاصم بما قلناه من رفعها حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وقوله وما رواه يعني من حديث ابي حميد محمول على حالة العذر روي عن وائل بن حجر انه قال قدمت المدينة فوجدتهم يرفعون ايديهم الى الاذنين ثم قدمت عليهم من القابل وعليهم الاكسية والبرانس من شدة البرد فوجدتهم يرفعون ايديهم الى المناكب وقوله هو الصحيح احترازا عن رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمهما الله انها ترفع يديها حذاء اذنيها كالرجال لان رفع اليد انما يكون بكفيها وكفيها ليست بعورة فكانت هي والرجل في رفع اليدين سواء بخلاف سائر الاعضاء ووجه الصحيح ما ذكره انه استر لها وقوله فان قال بدل التكبير يدل على الاصل هو التكبير اعلم ان الشارع في الصلوة اذا قال الله اكبر كان شارعا في الصلوة بلا اختلاف وكذلك اذا قال الله الاكبر خلافا لمالك رحمه الله وكذلك اذا قال الكبير خلافا له وللشافعي واما اذا قال الله اجل واعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او قال الحمد لله او سبحان الله

اولا اله غيره فقد قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اجزاه وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان يحسن التكبير اي يعلمه ان يقول
الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير لا يجوز وان لم يحسن جاز وقال مالك رحمه الله يقول الاصل في ذلك التوقيف والمنقول
فيه هو الاول فلا يجوز غيره والشافعي يقول ادخال الالف واللام في الخبر وهو اكبر ابلغ في الثناء لان تعريف الخبر
يقتضي حصره في المبتدا كما في قولك زيد العالم وقد عرفت في موضعه فيكون ما زاد فيه من المبالغة مع مقابلة فيما فاته
من كونه منقولا فالخبر الغائب بما اذا فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء لان
اثبات الزيادة ليس بمراد في صفات الله تعالى لعدم مساواة احد اياه في اصل الكبرياء حتى يكون افعل للزيادة
كما يكون في اوصاف العباد وكان افعل وفعيل سواء ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة قال الله تعالى فلما رأينه اكبرنه
اي عظمنه ولهما وهو حاصل بما ذكرنا من الالفاظ وهذا بناء على ان الفرض عمل اللسان والتكبير اليه فيجوز
ان يأتي به غيره اذا كان في معناه وقد قررناه في التقرير وعلى هذا اذا قال الله يصير شارعا لان فيه معنى التعظيم
لكونه مشتقا من الاله وهو التحير وقال محمد لا يصير شارعا لان تمام التعظيم انما يكون بذكر الاسم والصفة
جميعا والجواب ان مناط الحكم حصول التعظيم لا تمامه ولم يذكر انه اذا شرع بتلك الالفاظ هل يكره اولا وقال
بعضهم يكره قال في النهاية وهو الاصح كذا في المحيط وقوله وان افتتح الصلوة بالفارسية اعلم ان الافتتاح بالفارسية
والقراءة بها في الصلوة والتسمية بها على الذبيحة جائز عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان قادرا على العربية او لم يكن
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان احسن العربية لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسنها اجزاه في الجميع ومحمد مع ابي حنيفة
في الافتتاح بالعربية فانه يجوز باي لفظ كان من اسماء الله على ما تقدم ومع ابي يوسف في الفارسية حيث لم يجوزه
بالفارسية قال لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها قال صلى الله عليه وسلم في معرض تفضيل لسان العرب
على غيره انا عربي والقران عربي ولسان اهل الجنة عربي واما الكلام في القراءة فوجه قولهما انه اسم لمنظوم عربي لما
نطق به النص وهو قوله تعالى انا انزلناه قرانا عربيا والقران هو المامور بقراءته في الصلوة قال الله تعالى فاقرؤا
ما تيسر من القران على ما يجيء هذا يقتضي ان لا يترك حالة القدرة الا عند العجز يكتفي بالمعنى كالايماء من تكلف عما
ليس في الوسع وصار كمن عجز عن الركوع والسجود فانه جاز له الايماء بخلاف التسمية فان المقصود بها الذكر قال الله تعالى
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وهو يحصل بكل لسان سواء كان يحسن العربية او لم يحسن في قولهم جميعا وكذلك الشهادة
عند الحكام واللعان والعقود تصح بالاجماع وروي عن الشافعي رحمه الله في القراءة كقولهما وروي انه لا يجوز
لكنه ان كان لا يحسن العربية فهو امي يصلي بغير قراءة ولو قرا بالفارسية فسدت صلاته لانها من كلام الناس ولابي
حنيفة قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن القران بنظمه فيها لا محالة فتعين ان يكون بمعناه فيها والمعنى
بالفارسية على سبيل الترجمة مشتمل على معناه فيكون جائزا اقامته فان قيل قوله تعالى انا انزلناه قرانا عربيا
محكم لا يحتمل التاويل وقوله تعالى لفي زبر الاولين محتمل لان بعض المفسرين ذهب الى ان الضمير للنبي عليه السلام
فكيف يترك المحكم بتاويل بعيد يفضي الى التعقيد اللفظي بتفكيك الضماير في قوله تعالى وانه لتنزيل رب
العالمين الى اخره والكلام المعقود محمول عن ذلك فان قيل سلمنا انا ويهما في الاحكام لكن كونه منها مرضي فلم لم يقول
الحجة فالجواب بان اعمال الدليلين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فيحمل قوله وانه لفي زبر الاولين على حالة الصلوة
لانها حالة المناجاة والاشتغال بالنظم جائز يذهب بالرقة ويحمل قوله انا انزلناه قرانا على حالة الصلوة وقد قررنا
في التقرير ابسط من هذا قوله ولهذا الى ان يكون القراءة لم يكن في الزبر بهذا النظم جازت القراءة بالفارسية
عند العجز ولا شك ان العجز لا يجعل غير القران قرانا **وقوله** الا انه يفهم منها اسلفناه من قوله اجزاه عند
ابي حنيفة رحمه الله لمخالفة السنة المتواترة وهي القراءة بالعربية وقوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي سعيد
البردعي فانه قال انما جواز ابي حنيفة رحمه الله القراءة بالفارسية دون غيرها من الالسنة لقرب الفارسية
من العربية قال الكرخي والصحيح النقل الى اي لغة كانت وقوله لما تلونا يعني من قوله وانه لفي زبر الاولين فانه

كما لم

كما لم يكن فيها بلغة العرب لذلك لم يكن فيها بالفارسية ولان الاعتماد على المعنى عند النقل والمعنى لا يختلف باختلاف
اللغات وقوله وكلا الخلاف في الاعتداد اي في انه اذا قرا بالفارسية هل يكون محسوبا عن فرض
القراءة او لا واما لا خلاف في عدم الفساد وقوله ويروى رجوعه روى ابو بكر الرازي ان ابا حنيفة رجع الى قولهما
وعليه الاعتماد لترك الاجماع والخطبة والتشهد على هذا الخلاف اي يجوز قراءتهما بالفارسية عند ابي حنيفة
خلافا لهما **وقوله** وفي الاذان يعتبر التعارف قيل جواب عما يقال قراءة القران في الصلوة لكونها
ركنا اعظم خطرا من الاذان لكونه سنة والاذان لا يجوز بغير العربية فكيف جازت قراءة القران ووجهه انا لا نسلم
عدم جواز الاذان مطلقا بل يعتبر فيه التعارف فان الحسن روى عن ابي حنيفة انه لو اذن بالفارسية
والناس يعلمون انه اذان جاز وان كانوا لا يعلمون لا يجوز لعدم حصول المقصود وهو الاعلام كذا ذكر
في الاسرار وقوله وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي بيان الشروع بغير اللفظ المنقول انما يصح اذا كان ثناء خالصا
واما اذا كان مشوبا بحاجته فلا يجوز بالاتفاق فهو قوله اللهم اغفر لي لا يكون شارعا لانه مشوب بحاجته
فلم يكن تعظيما خالصا وان قال اللهم فقد اختلف فيه قيل يجزيه لان معناه يا الله فيكون ذكرا وهو قول اهل البصرة
وقيل لا يجزيه لان معناه يا الله امنا بخير اي اقصدنا بخير وهو قول اهل الكوفة فلم يكن تعظيما خالصا قال والاول
اصح بدليل قوله تعالى واذ قالوا اللهم ان كان هذا هو الحق من عندك ولو كان معناه اقصدنا فسد المعنى والله اعلم
قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى الاعتماد الاتكاء وتفسير الاعتماد ان يضع وسط كفه اليمنى
على ظهر كفه اليسرى وقوله ويعتمد الى اخره يشير الى الاعتماد وهو الوضع كما ذكرنا وفيه خلاف مالك رحمه الله
فانه يقول بالارسال روي عنه انه جعل الارسال عزيمة والاعتماد رخصة والى موضع الوضع وهو تحت السرة وعند
الشافعي رحمه الله الافضل ان يضع يديه على الصدر لقوله تعالى فصل لربك وانحر فان اهل التفسير قالوا المراد
به وضع اليمين على الشمال على الصدر ولنا ما روى انس رضي الله عنه ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة
وهو كما ترى حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر والمراد به قوله تعالى وانحر والنحر
الاضحية بعد صلوة العيد ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وابعد من التشبه باهل الكتاب وهو التعظيم
هو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد رحمه الله انه سنة القراءة
وثمرته تظهر في المصلي بعد التكبير فعندهما لا يرسل حالة الثناء وعند محمد يرسل فاذا اخذ في القراءة اعتمد ثم
والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول الفضلي وحاكم
قال الفضلي ان السنة في صلوة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود هو الارسال وقال حاكم
السنة في هذه المواضع الاعتماد والصحيح ما قال شمس الائمة الحلواني وهو الذي اشار اليه في الكتاب ان كل قيام
فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الاعتماد كما في حالة الثناء والقنوت وصلوة وكل قيام ليس فيه ذكر مسنون
فالسنة فيه الارسال فيرسل في القومة عن الركوع وبين تكبيرات الاعياد وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي
وبرهان الائمة والصدر الشهيد وذكر في فتاوى قاضي خان ولما فرغ من التكبير يضع يده اليمنى على اليسرى تحت
السرة وكذا في تكبيرات العيد وتكبيرات الجنازة والقنوت ويرسل في القومة وقوله ثم يقول اي المصلي
سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ومعناه سبحتك بالله جميع الائك وبحمدك
سبحتك وتعاظم اسمك عن صفات المخلوقين وتعالى عظمتك ولم يزد على ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وهو قول ابي يوسف اولا وعنه انه يضم اليه قوله تعالى وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا مسلما
وما انا من المشركين ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين
قال شيخ الاسلام لو قال وانا اول المسلمين اختلف المشايخ فيه منهم من يقول تفسد صلاته لانه كذب في صلوته ومنهم
من لا يفسد لانه يحمل على انه اراد به قراءة القران لا الاخبار عن نفسه وقوله يضم اشارة الى انه اي الثناء قدم على الثناء

وإن شاء أخّره عنه لأن الضم صادق عليهما وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن البداءة بالتسبيح أولى لقوله تعالى
وسبّح بحمد ربك حين تقوم ووجه قوله ما روي عن علي رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك
فإذا ورد الأخبار بهما يجمع بينهما عملاً بالأخبار ووجه قولهما ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
كان إذا افتتح الصلوة كبّر وقرأ سبحانك اللهم إلى آخره ولا يزيد على هذا فيحتاج إلى تأويل ما رواه وهو أنه محمول
على التهجد فإن الأمر فيه واسع فأما في الفرائض فلا يزيد على ما اشتهر فيه الأثر ولهذا لا يأتي بقوله وجل ثناؤك
في الفرائض لأنه لم ينقل في المشاهير وقوله والأولى أن يأتي بالتوجه أي بقوله وجهت وجهي بعد النية قبل التكبير
منهم الفقيه أبو الليث لأنه أبلغ في العزيمة ويكون عملاً بما روي في الأخبار ووجه الصحيح أنه يؤدي إلى تطويل
مكثه في المحراب فإنما يستقبل القبلة ولا يصلي وهو مذموم فإنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما لي
أراكم سامدين **وقوله** ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم خلافاً لمالك فإنه لا يرى بذلك لما روي
عن أنس رضي الله عنه أنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وكانوا
يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين ولنا قوله تعالى فإذا قرأت القرآن فاستعذ الآية وظاهره يقتضي أن
يكون فرضاً كما قال عطاء إلا أن السلف أجمعوا على أنه سنة وإنما قال معناه إذا أردت قراءة القرآن نفياً لقول
بعض أصحاب الظواهر أنه يتعوذ بعد القراءة عملاً بحرف الفاء فإنه للتعقيب لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله
عنه أنه صلى الله عليه وسلم تعوذ قبل القراءة وقيل القراءة للحال كما يقال إذا دخلت على الأمير فتأدب
أي إذا أردت الدخول ولكن بين واضح **وقوله** والأولى بيان لفظ يتعوذ به فإن فيه للقراء اختلافاً فاختار
الفقيه أبو جعفر الهندواني أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن أي الذي ليدل الدال على التعوذ من القرآن
وهو قوله تعالى فاستعذ فإنه أمر من الاستعاذة ويقرب منه لاشتراكهما في الحروف الأصول وكأنه
احتراز عن قول من يقول أعوذ بالله العظيم السميع العليم من الشيطان الرجيم وهو رواية حفص عن هبيرة
لأن قوله صلى الله عليه وسلم إن الله هو السميع العليم ثناء وبعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء فالتعوذ تبع
للقراءة دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا من قوله تعالى فإذا قرأت القرآن الآية فيأتي به
المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد وعند أبي يوسف هو للثناء لأنه شرع بعد الثناء وأنه من جنسه
لأنه دعاء كالأول وتبع الشيء ما كان بعده فينبغي أن يأتي المقتدي **وقوله** ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم
معطوف على قوله ويستعيذ وقوله ويسرّ بهما وهكذا نقل في المشاهير احترازاً عن قول مالك وما احتج به فإنه يقول
لا يأتي المصلي بالتسمية لا سراً ولا جهراً لما رويناه من حديث أنس وقوله ويسرّ بهما أي بالتعوذ والتسمية لقول
ابن مسعود رضي الله عنه أربع يخفيهن الإمام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر
بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلاته بالتسمية رواه أبو هريرة
قلنا هو محمول على التعليم كما شرع الجهر بالتكبير للإعلام لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه جهر بالثناء بعد التكبير
للتعليم لأن أنساً رضي الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف أبي بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحداً
منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم وإذا تعارضت الآثار وجب التأويل وهو كما قلنا من الحمل على التعليم وقيل كان
الجهر في الابتداء قبل نزول قوله تعالى ادعوا ربكم تضرعاً وخفية فإنهم كانوا يجهرون بالثناء والقراءة أيضاً
حتى نزل قوله تعالى ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها فإن قيل خبر الإخفاء بالتسمية مما تعم به البلوى لحديث
الذكر فإن الصلوة التي يجهر فيها بالقراءة تثبت في كل يوم وليلة فلو كان هذا الخبر ثابتاً في الصدر الأول لما بقي
الاختلاف فيه مع عموم البلوى دل على زيافته كما في خبر الزكوة في مال الصبي أجيب بأن الأحاديث التي تدل على
ثبوت الجهر توجب الاختلاف قد ذكرنا والتأويل يرفع الاختلاف فلم يكن حينئذ في الصدر الأول اختلاف وفيه
نظر لأن رفع التأويل اللاحق للاختلاف السابق ممنوع والصواب أن يقال هذا الاختلاف عن أمر ساقط

بالمعاوضة

بالمعاوضة فإن قال القائل إن خبر الجهر بالتسمية أيضاً مما تعم به البلوى إلى آخره وقوله يسر بهما إلا زائدة
وقع سهواً لأنه يخالف آخر الحديث بلا ريب قال الله تعالى سواء منكم من أسرّ القول ومن جهر به ثم عن أبي
حنيفة أنه لا يأتي بها في أول كل ركعة كالتعوذ وهو رواية الحسن عنه لأنها ليست بآية من أول الفاتحة
وإنما يقرأ لافتتاح الصلوة والصلوة الواحدة كالفعل الواحد ولهذا لم يرد القعدة الواقع في أولها في آخرها
فيكتفي بها مرة واحدة وعنه أي عن أبي حنيفة وهو رواية أبي يوسف أنه يأتي بها احتياطاً لأن العلماء
اختلفوا في التسمية أنها من الفاتحة أم لا وعليه قراءة الفاتحة في كل ركعة وكان عليه إعادتها في
كل ركعة ليكون أبعد عن الاختلاف قال المصنف وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة إلا عند محمد
فإنه يأتي بها في صلوة المخافتة لأنه أقرب إلى متابعة المصحف ولا يأتي بها فيما يجهر لئلا يختلف نظم القرآن
قال ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة • اختلف العلماء فيما هو الركن من القراءة فذهب علماؤنا
رحمهم الله إلى ركنية قراءة آية والشافعي إلى ركنية الفاتحة ومالك إلى ركنية الفاتحة وضم سورة معها
له قوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها ووجه الاستدلال به ظاهر والجواب
أن الركن لا يثبت إلا بدليل قطعي وخبر الواحد ليس بقطعي لكنه يوجب العمل به فقلنا به وللشافعي قوله صلى
الله عليه وسلم لا صلوة إلا بفاتحة الكتاب وهو كالأول ولنا قوله صلى الله عليه وسلم تعالى فاقرؤوا ما
تيسر من القرآن ووجه الاستدلال به أن قوله من القرآن مطلق ينطلق على ما يسمى قرآناً فيكون أدنى ما
ينطلق عليه القرآن فرضاً لكونه مأموراً به فإن قراءته خارج الصلوة ليست بفرض فتعين أن تكون في الصلوة
وفي الآية كلام سؤالاً وجواباً ذكرناه في التقرير وقوله والزيادة بخبر الواحد جواب لمالك والشافعي
كما ذكرناه فإن قيل لا نسلم أنه خبر واحد بل هو مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجوز الزيادة به أجيب بالمنع
لأن المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول وقد اختلفوا في هذه المسألة بأنه يتناول احتمالاً لكونه مذكوراً
لنفي الجنس أو لنفي الفضيلة كما في قوله لا صلوة لجار المسجد إلا في المسجد وكان ظني الدلالة فلا تجوز به الزيادة
وإذا قال الإمام ولا الضالين قال المأموم آمين وإنما قال ذلك نفياً لشبهة القسمة إلى نقيضها ظاهر الحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم إذا قال الإمام ولا الضالين آمين كما هو مذهب مالك لأنه عليه السلام
قال في آخره فإن الإمام يقولها أي كلمة آمين ويخفونها أي الإمام والمقتدون لما روينا من حديث ابن مسعود
أربع يخفيهن الإمام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين ولأنه دعاء فيكون مبناه على الإخفاء كما في
خارج الصلوة قال الله تعالى ادعوا ربكم تضرعاً وخفية قيل من مذهب أبي حنيفة أن الإمام لا يقولها أصلاً
لأنه داع والداعي لا يؤمّن فكيف يستقيم القول بإخفائها وأجيب بأن أبا حنيفة عرف أن بعض الأئمة لا
يأخذون بقوله لحرمة قول علي وابن مسعود رضي الله عنهم قال ابن مسعود ترك الناس الجهر بالتأمين
وما تركوا إلا لعلمهم بالنسخ والجواب عن قوله إن الداعي لا يؤمّن أنه ممنوع فإن التأمين في الجهرية من قوله
صلى الله عليه وسلم إذا أمّن الإمام فأمّنوا بأنه علق تأمين القوم بتأمينه وهو يدل على كون تأمينه مشروعاً
والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش قال في التجنيس تفسد به صلوته وقيل عندهما لا
تفسد لأنه يوجد في القرآن في قوله تعالى ولا آمّين البيت الحرام **قال** ثم يكبر ويركع المصلي
بعد ما فرغ من قراءته يكبر ويركع وهذه رواية القدوري وهذا يقتضي أن يكون التكبير في حالة القيام
وبه قال بعض مشايخنا من دأب المصنف في هذا الكتاب أن يصرح بلفظ الجامع الصغير إذا وقع نوع مخالفة
بين روايته ورواية القدوري فذكر قوله وفي الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط فإنه يقتضي مقارنة التكبير
للركوع لأن مع للمقارنة وبه قال بعض آخر وقوله لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع
دليل قوله يكبر والمراد بالخفض والرفع ابتداء كل ركن وانتهاؤه ومعناه الله أعظم من أن يؤدي حقه هذا

تحرير

الفذ من العبد لا يقال هذا الحديث يدل على ان ما يفعل عند رفع الراس من تسميع الامام وتحميد المقتدي ليس بمشروع لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم لان هذا حكاية عن فعله عليه السلام من الراوي فلا يعارض قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد فيحمل قولهم على ان المراد بقولهم ورفع بعضه لاحتماله ولان كلمة كل لم تباشر فان قيل فما يفعل بما روي ابو منه وحملوا به ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كبر حالة الركوع وانما كبر اذا رفع راسه منه اجيب بانه على تقدير ثبوته رجحنا ما رويناه لانه اثبت متنا واثبت رواة لانه رواه علي وابن مسعود وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم وما رواه فراويه عبد الرحمن بن ابزى رضي الله عنه ويحتمل انه صلى الله عليه وسلم كبر الا ان عبد الرحمن لم يسمع وسمع غيره وهو مما تفرد به اللوى فلا يكون وحده حجة وقوله ويحذف التكبير حذفا اي لا يمد في غير مواضع المد لان المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما فيكون شاكا في كبرياء الله وهو كفر اذا تعمده وفي اخره لحن من حيث اللغة اي عدول عن سنن الصواب في اللغة لان افعل التفضيل لا يحتمل المد لغة فان فعل لا يكون شارعا في الصلوة عند بعض مشايخنا وهو قول الفقيه ابي جعفر وتفصيل الكلام في ذلك ان الله اكبر مركب من لفظين ولكل منهما اول واخر ومد الاول من الاول عمدا يكفر لشكه في كبريائه وغير معتد للصلوة وفيه نظر لان الهمزة يجوز ان تكون للتقرير فلا يكون هناك لا كفر ولا فساد ومد الاخر منه لا يضر لانه اشباع والحذف اولى ومد الاول من الاخر عند الكل الاول من الاول ومد الاخر ثم اختلف فيما قال بعضهم تفسد الصلوة ويجوز الجزم من التكبير لما روي عن ابراهيم النخعي موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الاذان جزم والاقامة جزم والتكبير جزم **وقوله** ويعتمد بيديه على ركبتيه ظاهر وقوله في الاصح [illegible] حالة السجود يعني [illegible] للقبلة وقوله وفيما ورد به الي فيما ورد الركوع والسجود وهو حالة الافتتاح والتشهد [illegible] على العادة اي لا ينصح [illegible] ولا يفرق كل الفرج وقوله صلى الله عليه وسلم اذا ركع بسط ظهره روت عائشة رضي الله عنها انه كان يعتدل بحيث لو وضع قدح من ماء لاستقر **قال** ولا يرفع راسه ولا ينكسه معناه يسوي راسه بعجزه [illegible] مأمور بالاعتدال وذلك بينا وبينهما وقوله لا يصوب راسه اي لا يخفضه ولا يقنعه اي لا يرفعه وانما قيد قوله رحمه الله وذلك ادناه لقوله ادنى كمال الجمع جمعا بين لفظ المبسوط فان شمس الائمة قال في مبسوطه لم يرد بهذا اللفظ ادنى الجواز انما المراد به ادنى الكمال فان الركوع والسجود يجوز بدون هذا الذكر الا على قول ابي مطيع تلميذ ابي حنيفة وشيخ الاسلام قال في مبسوطه يريد به ادنى من حيث جميع العدد فان اقل جمع العدد ثلثة والمصنف جمع بينهما فقال ادنى كمال الجمع فان قيل المشهور في مثله ادنى الجمع ثلثة فما معنى كمال الجمع فالجواب ان ادنى الجمع لغة يصدق على الاثنين لانه فيه جمع واحد مع واحد واما كماله فهو الذي يكون ثلثة لانه فيه معنى الجمع لغة واصطلاحا وعلى فان قيل كمال الجمع ليس بمذكور ولا في حكمه فيرجع الضمير الى غير مذكور اجيب بانه سبق ذكره دلالة بذكر الثلث فاراد على الثلث فهو افضل لكن على وجه لا يمل القوم ان كان اماما لئلا يصير سببا للتنفير المكروه وان نقص جاز ويكره فيما روي عن محمد وقال ابو مطيع فسدت صلاته لانه ذكر مشروع فوجب ان يجعله ذكرا مفروضا كما في القيام والجواب انه يلزم الزيادة على قوله تعالى اركعوا واسجدوا بالقياس وهو لا يجوز ثم يرفع راسه ويقول سمع الله لمن حمده اي قبل الله حمد من حمده فان السامع يستعمل للقبول يقال سمع الامير كلام فلان اذا قبل والهاء في حمده قيل للسكتة وهو المنقول عن الثقات وقيل كناية ويقول المؤتم ربنا لك الحمد وهو اظهر الروايات وروي ربنا ولك الحمد وروي اللهم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين وكان اغلب احواله الامامة وقوله ولانه اي الامام حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد ووجه الاستدلال ما قاله هذه قسمة والقسمة تنافي الشركة فان قيل هذا الحديث يعارضه ما روي عن ابن مسعود رضي الله

عنه

عنه اربع يخفيهن الامام وعد منها التحميد اجيب بانه قال في الاسرار انه غريب او بان الرحمان لحديث القسمة لانه مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم برواية ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفيه نظر لانه ان كان غريبا او مرجوحا لم يكن حجة وقد تمسكنا به في اخفاء التامين فيما تقدم وقوله ولهذا اي ولان القسمة تنافي الشركة لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولانه يقع تحميده اي تحميد الامام بعد تحميد المقتدي لان المقتدي لا يأتي بالتحميد حتى يقول الامام التسميع فلا جرم يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة وقوله والذي رواه يعني ابا هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين فهو محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بين الذكرين في الاصح **وقوله** في الاصح احتراز عن القولين الاخرين المذكورين بعده احدهما الاكتفاء بالتسميع والاخر الاكتفاء بالتحميد وجه الاكتفاء بالتسميع وهو رواية النوادر ان الامام يأتي بالتسميع والمنفرد امام لنفسه لان علة القراءة كما على الامام ووجه الاكتفاء بالتحميد وهو المذكور في الجامع الصغير ان الجمع بين الذكرين يفضي الى وقوع الثاني في حالة الاعتدال ولم يشرع لا شتغال ذكر مسنون بما في القعدة بين السجدتين قال يعقوب سألت ابا حنيفة رحمه الله عن الرجل يرفع راسه من الركوع في الفريضة ايقول اللهم اغفر لي قال يقول ربنا لك الحمد ويسكت وكذلك بين السجدتين يسكت ووجه الاصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ما قال فخر الاسلام ان الحديث صح انه كان صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما وحملناه على حالة الانفراد ولان المنفرد يأتي بالتسميع لما ذكرنا انه امام في حق نفسه وهو حث على الحمد وحيث لا يجب عليه ان يجيب وقوله والامام بالدلالة عليه اتى به معنى جواب عن قولهما لانه حرض غيره الى اخره ومعناه ان الدال على الخير كفاعله والله اعلم

قال ثم اذا استوى كبر وسجد اي اذا استوى المصلي من ركوعه كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا يعني ما ذكر قبل هذا من قوله صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع وما ذكر في اول الباب من قوله اركعوا واسجدوا اعلم ان تعديل الاركان وهو الاستواء فاثما بعد الركوع ويسمى قومة والجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود الى القرار فيهما ليس بفرض فيهما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تفرض من ذلك ومقدار الطمانينة بمقدار تسبيحة وهو قول الشافعي رحمه الله وفائدة الخلاف تظهر في جواز الصلوة بدونه فعندهما يجوز وعند ابي يوسف لا يجوز ولم يذكر هذا الخلاف في ظاهر الرواية وانما ذكره المعلى في نوادره واستدل ابو يوسف بحديث الاعرابي وهو قوله صلى الله عليه وسلم حين رآه نقر نقر الديك قم فصل فانك لم تصل نفي كونه صلاة بترك التعديل وكان ركنا لان انتفاء غيره لا ينفيها ولهما قوله تعالى اركعوا واسجدوا والركوع هو الانحناء يقال ركعت النخلة اذا مالت والسجود هو الانخفاض وذلك يحصل بدون الطمانينة فتعلق الركنية بالادنى فيهما ولا يجوز الزيادة بخبر الواحد بطريق الفرضية لانه نسخ وموضعه اصول الفقه هذا ما يتعلق بالركوع والسجود واما القومة والجلسة بين السجدتين فقد اشار اليهما بقوله وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود بل المقصود هو اداء الركن **وقوله** وفي اخر ما روي جواب عن حديث الاعرابي وتقريره ان النبي صلى الله عليه وسلم سمى ما صنعه الاعرابي صلاة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلاتك فلو كان ترك التعديل مفسدا لما سماه صلاة كما لو ترك الركوع والسجود ولانه لو كان فاسدا لكان الاشتغال به عبثا وكان يترك عليه السلام الى الفراغ منه حراما فكان الحديث مشترك الالزام من الوجهين ثم اذا لم يكن التعديل عندهما فرضا فهل هو واجب او سنة فاما الطمانينة في الانتقال وهي القومة والجلسة فهي سنة عندنا واما الطمانينة في الركوع والسجود فهي في تخريج الجرجاني سنة وفي تخريج الكرخي واجب حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده وجه الجرجاني ان هذه طمانينة شرعت لاكمال ركن وكل ما هو كذلك فهو سنة كالطمانينة في الانتقال ووجه الكرخي ان هذه طمانينة شرعت لاكمال ركن مقصود بنفسه وكل ما هو كذلك فهو واجب كالقراءة بخلاف الانتقال فانه ليس بمقصود لما تقدم ثم قيل في كيفية السجود والقيام منه ان يضع اولا

ما كان أقرب إلى السماء فيضع أولا ركبتيه ثم يديه ثم وجهه وقال بعضهم يضع أنفه ثم جبهته ويرفع أولا وجهه ثم يديه ثم ركبتيه **وقوله** ويعتمد بيديه على الأرض ظاهر. ومعنى ادّعم على راحتيه أي اتكأ وهو افتعال من دعمت الشيء إذا جعلت له دعامة وقوله وسجد على أنفه وجبهته قدم الأنف على الجبهة باعتبار أن الأنف أقرب إلى الأرض فيضعه أولا لما مر وقوله فإن اقتصر على أحدهما يعني أن الذي اقتصر عليه إن كان الجبهة جاز بالاتفاق عملا بما تلونا فإن للشافعي وإن كان الأنف جاز عند أبي حنيفة ويكره ولم يجز عندهما إلا من عذر وهو رواية أسد بن عمرو عن أبي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة أي على اليدين والركبتين والقدمين والجبهة قيل كيف تستقيم الاستدلال بهذا الحديث وإنه لو ترك وضع اليدين والركبتين جازت صلاته بالإجماع وهذه الأربعة من ذلك السبعة وأجيب بأن الاستدلال بهذا الحديث إنما هو على أن محل السجود هذه الأعضاء لأن وضعها لازم لا محالة والأنف غير هذه الأعضاء المذكورة فلا يكون محلا للسجود ولأبي حنيفة أن السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لأن وضع جميعه غير ممكن لأن الأنف والجبهة عظمان ناتئان يمنعان وضع جميع الوجه وهذا ظاهر وإذا تعذر وضع الكل كان المأمور به وضع البعض إلا أن الخدين والذقن خرجا بالإجماع إذ التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقي الأنف والجبهة تصلح محلا للسجود فكذلك الأنف وهذا لأن الأنف وهو لا يخلو إما أن يكون محلا للفرض أو لا لا سبيل إلى الثاني لأن الفرض ينتقل إليه بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلا لما انتقل كالذقن بل انتقل الفرض إلى الإيماء كما لو كان بهما عذر فتعين الأول ويجوز الاقتصار عليه كالجبهة والمذكور فيما روي من الخبر هو الوجه في المشهور فيكون الأنف والجبهة داخلين على السواء ولو اكتفى بالجبهة جاز فكذا لو اكتفى بالأنف ووضع الركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما لأن الساجد اسم لمن وضع الوجه على الأرض وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم مثل الذي يصلي وهو عاقص شعره كمثل الذي يصلي وهو مكتوف فالتمثيل بذلك يدل على نفي الكمال دون الجواز وقوله عندنا احتراز عن قول زفر رحمه الله وهو قول الشافعي ومختار الفقيه أبو الليث أنه واجب لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء والجواب ما تقدم أن هذا الحديث يدل على محل السجدة لا على أن وضع الجميع لازم وأما على وضع القدمين فقد ذكر القدوري أنه فرض في السجود فإذا سجد ورفع أصابع رجليه عن الأرض لا يجوز كذا ذكره الكرخي والجصاص ولو وضع أحدهما جاز قال قاضي خان ويكره وذكر الإمام التمرتاشي أن اليدين والقدمين سواء في عدم الفرضية وهو الذي يدل عليه كلام شيخ الإسلام في مبسوطه وهو الحق **وقوله** وإن سجد على كور عمامته ظاهر وكور العمامة دورها وكل دور كور والضبع بالسكون لا غير العضد وعنى به نقله أي باعد والبهم وهو البهمة ولد الشاة بعد السخلة فإن أراد ما بضعة تخبر بصيغته وقوله إذا سجد أحدكم بالواو معطوف على إذا ركع أحدكم لأنهما في حديث واحد وقوله ثم يرفع رأسه ويكبر الرفع فريضة لأن السجدة الثانية فرض فلا بد من رفع الرأس ليتحقق الانتقال إليها والتكبير سنة لما روينا إشارة إلى قوله لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع **وقوله** وتكلموا أي المشايخ في مقدار الرفع فقال بعضهم إذا زايل جبهته من الأرض ثم أعادها جاز ذلك عن السجدتين وقال الحسن بن زياد إذا رفع رأسه بقدر ما تجري فيه الريح جاز وهو قريب من الأول وقال محمد بن سلمة لا يكون عنهما ما لم يرفع جبهته بقدر ما يقع عند الناظرين أنه رفع رأسه لسجدة أخرى فإن فعل ذلك جاز عن السجدتين وإلا يكون عن سجدة واحدة وفي القدوري أنه يكتفي بأدنى ما ينطلق عليه اسم الرفع وجعل شيخ الإسلام هذا الأصح وقال لأن الواجب هو الرفع فإذا وجد أدنى ما يتناوله اسم الرفع بأن رفع جبهته كان مؤديا لهذا الركن قال المصنف رحمه الله والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب لا يجوز لأنه لا يعد ساجدا وإن كان إلى الجلوس أقرب جاز لأنه يعد جالسا فيتحقق السجدة الثانية يعني بعد ذلك المقدار من الرفع وهو المروي عن أبي حنيفة ذكره في شرح الطحاوي وتكلموا أيضا في كون الركوع في كل ركعة مرة

والسجود

والسجود مرتين فذهب أكثرهم إلى أنه توقيفي واتباع للشرع من غير أن يعقل له معنى وقد يفيد ذا الشرع بما لا يعقل له معنى تحقيقا للابتلاء ومنهم من ذكر لذلك حكمة فقال إنما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان فإنه أمر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيما له وإليه أشار بقوله صلى الله عليه وسلم في سجود السهو فقال هما ترغيما للشيطان وقيل في السجدة الأولى يشير إلى أنه خلق من الأرض وفي الثانية إلى أنه يعاد إليها قال الله تعالى منها خلقناكم وفيها نعيدكم وقوله وقد ذكرناه قبل إذ أدنيه قوله كان يكبر عند كل خفض ورفع والمناسب لذلك أن يقول ما رويناه ولعله إشارة إلى قوله لما روينا وقوله ولا يقعد أي لا يجلس جلسة خفيفة لا يعتمد بيديه على الأرض بل على ركبتيه وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الأرض له ما روي في حديث مالك ابن الحويرث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفع رأسه من السجود قعد ثم نهض ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه وما رواه محمول على فعله صلى الله عليه وسلم في حالة الكبر يعني فعل ذلك حين ما كبر وأسن على ما روي أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول لا تبادروني بالركوع والسجود فإني قد بدنت وما رويناه محمول على حالة القدرة فيوفق بين الأخبار من هذا الوجه إذ لو ترك الأخبار كلها للتعارض يعمل بالقياس وهو قوله في الكتاب ولأن هذه قعدة استراحة لأنه لا يأتي بها للفصل فإن الفصل بالقعدة إنما شرع إما بين التشهدين أو بين الشفعين ولا حاجة إلى واحد منهما والصلاة ما وضعت لها **قال** ويفعل في الثانية مثل ما فعل في الأولى يفعل المصلي في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الأولى لأنه أي الركعة الثانية وذكر الضمير باعتبار الخبر تكرار الأركان والتكرار يقتضي إعادة الأول إلا أنه لا يستفتح قيل أي لا يقول سبحانك اللهم إلى آخره وسمي هذا دعاء الاستفتاح ولا يتعوذ لأنهما لم يشرعا إلا في أول لأن رواه النبي صلى الله عليه وسلم ما رووه الأمة واحدة ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة الأولى وقال الشافعي رحمه الله يرفعهما عند الركوع وعند رفع الرأس منه لما روي من حديث ابن عمر وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ولنا ما روى الطحاوي بإسناده إلى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي عليه السلام قال لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن في افتتاح الصلاة وفي التكبير للقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعند الصفا والمروة وبجمع وعرفات وعند المقامين عند الجمرتين أراد بهما الأولى والوسطى دون العقبة والمشاهير فيه أكثر من ذلك وما رواه محمول على الابتداء أي أنه كان ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه روي عنه أنه رأى رجلا يصلي في المسجد الحرام يرفع يديه في الصلاة عند الركوع وعند رفع الرأس منه فلما فرغ من صلاته قال له لا تفعل فإن هذا شيء فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وفي المسألة حكاية روي أن الأوزاعي لقي أبا حنيفة في المسجد الحرام فقال ما بال أهل العراق لا يرفعون أيديهم عند الركوع وعند رفع الرأس منه وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر أنه عليه السلام كان يرفع يديه عندهما فقال أبو حنيفة حدثني حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال الأوزاعي عجبا من أبي حنيفة أحدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن إبراهيم فرجح حديثه بعلو إسناده فقال أبو حنيفة أما حماد كان أفقه من الزهري وإبراهيم كان أفقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لغلب بأن علقمة أفقه منه وأما عبد الله فرجح حديثه بفقه الرواية وهو المذهب فإن الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الإسناد والكلام في هذا الموضع كثير وهذا المختصر لا يحتمله خلا أن المعتمد على الرواة ورواة أخبارنا البدريون من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين كانوا يلونه النبي في الصلاة ورواية ابن عمر ووائل بن حجر كانوا يقومون بفعل منه عليه السلام والأخذ بقول الأقرب أولى وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال إن العشرة الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة لم يكونوا يرفعون أيديهم إلا عند افتتاح الصلاة وقوله

وإذا لم يرد به من التحية الثابتة ظاهرة وقوله ويبسط أصابعه ويتشهد وهل يشير بالمسبحة إذا انتهى إلى الشهادة
أو لا لم يذكره وفي المشايخ من يقول بأنه لا يشير بها وقد نص محمد بن الحسن على هذا في كتاب المشيخة حدثنا
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك أي يشير ثم قال نصنع بصنيع رسول الله صلى الله عليه
وسلم ونأخذ بفعله وهذا قول أبي حنيفة وقولوا لنا في كيف يشير قال يقبض أصبعيه الخنصر والتي تليها
ويحلق الوسطى مع الإبهام ويشير بسبابته وكلام المصنف وهو قوله ولأن فيه توجيه أصابع يديه إلى القبلة
يشير إلى أنه لا يحلق شيئا من الأصابع **قال** والتشهد التحيات لله اعلم أن لعمر رضي الله عنه تشهدا
ولعلي رضي الله عنه تشهدا ولعبد الله رضي الله عنه تشهدا ولعائشة رضي الله عنها تشهدا ولجابر رضي الله
عنه تشهدا ولغيرهم أيضا تشهدا وعلماؤنا أخذوا بتشهد ابن مسعود والشافعي بتشهد ابن عباس وهو ما ذكره
في الكتاب التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى
عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا رسول الله قال والأخذ بما رواه ابن عباس أولى لوجوه
أربعة أحدها أن فيه زيادة كلمة وهي المباركات والثاني أنه وافق القرآن على ما قاله تعالى تحية من عند الله
مباركة طيبة والثالث أنه ذكر السلام بغير الألف واللام وأكثر تسليمات القرآن مذكور بغير ألف ولام
قوله تعالى سلام عليكم طبتم قالوا سلاما قال سلام وسلام عليه يوم ولد وأشرف الكلام ما وافق
القرآن والرابع أنه متأخر عن خبر ابن مسعود لأن ابن عباس كان صغير السن وكان ينقل ما تأخر من الشرع
وأصحابنا رحمهم الله قالوا الأخذ بتشهد ابن مسعود وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك
أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله
أولى بوجوه ذكر بعضها في الكتاب فإنه قال أخذ رسول الله بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن
وقال قل التحيات إلى آخره فقوله قل أمر وأقل مرتبة الاستحباب وقوله السلام عليك بالألف واللام يفيد
الاستغراق **وقوله** والصلوات بالواو فيفيد تجديد الكلام كما في القسم وأخذ بيدي وعلمني يفيد زيادة
تأكيد وقوة فذلك أربعة أوجه وقد ذكر وجوه أخر منها أن قوله التحيات فيه معنى التنزيه عن كل قربة الصلوة
وغيرها فإذا قال الصلوات بغير واو صار تخصيصا وبيانا أنه أراد به الصلوة لا غير ومتى قال بالواو
بقي الأول عاما فيكون أبلغ في الثناء فكان أولى ومنها تقديم اسم الله تعالى فإنه إذا قدم الحمد وفي ابتداء
الكلام ومتى أخر كان محتملا لإرادة الأحوال في أول الكلام أولى ومنها أنه علق تمام الصلوة فدل أن التمام
لا يوجد بدونه ومنها أن تشهد ابن مسعود أحسنها إسنادا وهكذا قاله أئمة الحديث ومنها أن
عامة الصحابة أخذوا بتشهده فإنه روي أن أبا بكر رضي الله عنه علم الناس على منبر رسول الله صلى الله عليه
وسلم التشهد مثل ما قاله ابن مسعود وهكذا روى سلمان الفارسي وابن جابر ومعاوية رضي الله عنهم
ومنها اشتمال تشهده على لفظ العبد الذي يدل على ما يدل من كمال الحال قال الله تعالى سبحان الذي
أسرى بعبده ذكر بلفظ العبد في الموضع الذي هو بيان أعلى مراتبه عليه السلام ومنها حسن ضبطه فإن أبا
حنيفة قال أخذ حماد بيدي وقال حماد أخذ إبراهيم بيدي وقال إبراهيم أخذ علقمة بيدي وقال علقمة
أخذ ابن مسعود بيدي وقال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد والجواب عن قوله فيه زيادة كلمة أن الزيادة
لو كانت مرجحة كان تشهد جابر أولى لأن فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم وفي خبرنا زيادة الواوات والألف واللام
وتركه عنه وكان أولى وعن قوله يوافق القرآن أنه ليس بمرجح لأن قراءة القرآن في القعدة مكروه فكيف يترجح بما
يوافقه وعن قوله أكثر التسليمات بغير ألف ولام إنه ليس بمسلم الموافقة وقد قلنا إنما كذ وجه على أن السلام
في القرآن جاء بالألف واللام أيضا قال الله تعالى والسلام علي يوم ولدت والسلام على من اتبع الهدى
وعن قوله إن خبر ابن عباس متأخر أنه ليس كذلك لأن روى الكرخي في حديث ابن مسعود قال كنا نقول في أول

الإسلام التحيات الطاهرات المباركات الزاكيات فدل على أن خبره متأخر عما رواه ابن عباس وقوله
لأن ابن عباس يروي أمر السن ليس بشيء لأن أحدا لم يرجح أصاغر الصحابة على أكابرهم وقيل في تفسير التحيات
التحيات أي العبادات القولية لله والصلوات أي العبادات البدنية به والطيبات أي العبادات المالية
لله وقوله السلام عليك حكاية السلام الذي رده الله على نبيه عليه السلام ليلة المعراج لما أثنى على الله بثلثة
أشياء رد الله تعالى في مقابلتها بثلثة أشياء السلام بمقابلة التحيات والرحمة بمقابلة الصلوات والبركة
بمقابلة الطيبات والبركة هي النماء والزيادة وقوله ولا يزيد على هذا أي على مقدار التشهد وقال الشافعي
رحمه الله في الجديد تسن الصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم في القعدة الأولى لحديث أم سلمة رضي الله عنها
في كل ركعتين تشهد وسلم على المرسلين ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله صلى الله عليه
وسلم التشهد في وسط الصلوة وآخرها فإذا كان وسط الصلوة نهض إذا فرغ من التشهد وإذا كان
آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء وما رواه محمول على التطوع فإن كل شفع من التطوع صلوة على حدة أو مراده
سلام التشهد **قال** ويقرأ في الركعتين الأخريين فاتحة الكتاب وتقرأ في الركعتين الأخريين
فاتحة الكتاب وحدها لحديث أبي قتادة وهو ما روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى أبي قتادة أن النبي
صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر في الأوليين بأم الكتاب وسورتين وفي الأخريين بأم الكتاب وهذا بيان
الأفضل قوله هو الصحيح احتراز عما رواه الحسن عن أبي حنيفة أن القراءة في الأخريين واجبة حتى لو تركها ساهيا
لزمه سجود السهو لأن القيام في الأخريين مقصود فيكره إخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا كما في الركوع والسجود
وجه الصحيح ما ذكرنا أن القراءة فرض في الركعتين على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى وقوله وجلس في الأخيرة
كما جلس في الأولى قيل إنما قال في الأخيرة ليتناول قعدة الحر وقعدة المسافر وليس بواضح لأن قوله كما
جلس في الأولى ينبو عن ذلك وقوله ما روينا من حديث وائل بن حجر يريد به قوله يروى ذلك في حديث وائل
وقوله وعائشة أي حديث عائشة وهو قوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله
ولأنها أي الجلسة على تلك الصفة أشق على البدن من التورك الذي يميل إليه مالك قال مالك رحمه الله المسنون
في القعدة أن يقعد متوركا بأن يخرج رجليه من جانب ويفضي بأليتيه إلى الأرض في القعدتين جميعا وما كان
أشق فهو أفضل والذي يروي به مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قعد متوركا ضعفه الطحاوي رحمه الله
قال هذا من حديث عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف عند نقلة الحديث ولئن صح كان محمولا على الكبر وقوله
وتشهد معطوف على قوله جلس وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو ليس بفرض عندنا
خلافا للشافعي فيهما أي في قراءة التشهد والصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم فإنهما فرضان عنده أما التشهد
فلما روى ابن مسعود كنا نقول قبل أن يفرض التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل فقال النبي صلى
الله عليه وسلم قولوا التحيات لله إلى أن قال له إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلوتك أطلق
اسم الفرض على التشهد وقال له قل والأمر للوجوب وعلق التمام به فلا يتم بدونه وأما الصلوة على
النبي صلى الله عليه وسلم فلقوله تعالى صلوا عليه والأمر للوجوب ولا وجوب خارج الصلوة فكان فيها ولنا
على عدم فرضية التشهد حديث ابن مسعود فإنه علق التمام بأحد الأمرين وأجمعنا على أن التمام تعلق
بالقعدة فإنه لو تركها لم يجز فلا يتعلق بالثاني ليتحقق التخيير فإن موجب التخيير بين الشيئين الإتيان بأحدهما
وكذلك على عدم فرضية الصلوة عليه لأنه علق بأحدهما فتعلق بالثالث عدمهما وهو الصلوة فقد خالف
النص والجواب عن استدلاله بالحديث أن معنى الفرض التقدير أي قبل أن يقدر التشهد والأمر صدر على
سبيل التعليم فلا يفيد الفرضية فإنه لم يعد ما في بعض الكلمات فإن الفرض عندهم خمس كلمات وقد أجبنا
عن قوله علق التمام به آنفا وعن الآية أنا لا نسلم أنه لا وجوب خارج الصلوة فإنها واجبة فيه إما مرة واحدة

كما ذكر الكرخي او كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر لان الوجوب
الذي يقتضيه الامر قد حصل فانه لا يقتضي التكرار على كونها في الصلاة السنة وهو مختار صاحب التحفة وقوله
الكرخي مختار شمس الائمة وكيفية الصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم ان يقول اللهم صل على محمد وعلى
ال محمد كما صليت على ابراهيم وعلى ال ابراهيم وبارك على محمد وعلى ال محمد كما باركت على ابراهيم وعلى
ال ابراهيم انك حميد مجيد كذا نقل عيسى بن ابان عن محمد بن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود
وابن عباس وجابر رضي الله عنهم انهم قالوا لرسول الله عرفنا السلام عليك فكيف الصلوة عليك فقال
عليه السلام قولوا اللهم صل على محمد وعلى ال محمد وبارك على محمد وعلى ال محمد وارحم محمدا وال محمد كما صليت
وباركت وترحمت على ابراهيم وعلى ال ابراهيم في العالمين انك حميد مجيد وحكي عن محمد بن عبد الله بن عمر انه كان
يقول نحن امرنا بتعظيم الانبياء وتوقيرهم وفي قوله وارحم محمدا نوع ظن بالتقصير واليه ذهب شيخ الاسلام
فيترك ذلك وقال شمس الائمة السرخسي انه لا بأس به لان الاثر ورد به من طريق ابي هريرة ولا عتب على من اتبع
الاثر ولان احدا لا يستغني عن رحمة الله وقوله والعرض المروي اشارة الى ما ذكرنا من الجواب عن اسئلة

قال ودعا بما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة هذا معطوف على قوله وصلى على
النبي عليه السلام وما يشبه الفاظ القرآن مثل ان يقول اللهم اغفر لي ولوالدي ومثل قوله اغفر لي ذنوبي
والادعية المأثورة يجوز بالنصب عطفا على الفاظ ويجوز بالجر عطفا على القرآن والمأثورة هي المروية
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ما روي عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
علمني يا رسول الله دعاء ادعو به في صلاتي فقال قل اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب
الا انت فاغفر لي مغفرة من عندك انك انت الغفور الرحيم وكان ابن مسعود رضي الله عنه يدعو بكلمات
منهن اللهم اني اسألك من الخير كله ما علمت منه وما لم اعلم منه واعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم
اعلم وقوله لما روينا من حديث ابن مسعود يريد به قوله واذا قلت ذلك اخر الصلوة دعاء لنفسه بما شاء وقوله
وقال له النبي صلى الله عليه وسلم يعني حين قال له اذا قلت هذا الى اخره ثم قال اختر من الدعاء اعجبه واطيبه
بتذكير الضمير هو موافق لما ذكر في السنن وقوله وفي بعض نسخ الهداية اعجبها واطيبها فالواو لئن صح
ولئن صح بالتأنيث فعلى تأويل الدعوات لحصول الاستغراق في الدعاء بدخول اللام وقيل على تأويل الكلمات
وقوله ليكون اقرب الى الاجابة وذلك لانه يستجاب الدعاء للنبي صلى الله عليه وسلم ولا يجوز من الكريم
ان يستجيب لبعض الدعاء دون بعض اخر فيستجيب الجميع ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد الحز
الملاقي لكلام الناس لا جميع الصلوة بالاتفاق لان حقيقة كلام الناس بعد التشهد لا يفسد الصلوة فكيف ما يشبه
وهذا عندهما ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لان كلام الناس صنع من المصلي فتتم به صلاته وكان بالدعاء
الذي يشبه كلام الناس بعد التشهد خارج عن الصلوة لا مفسدا لها ثم فسر ما يشبه كلام الناس وما لا
يشبهه فقال ما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة كان يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم
اغفر لي ليس من كلامهم ولقائل ان يقول بين هذا التفسير وبين ما تقدم من قوله مما يشبه الفاظ القرآن منافاة
لانه لو قال اللهم اغفر لاخي ينبغي ان لا يجوز نظرا الى الاول وقد نقل عن ابي بكر محمد بن الفضل وان يجوز نظرا
الى الثاني ويمكن ان يجاب عنه بان ذلك ليس اختيار المصنف اذ ليس المراد ان يكون الفاظ الدعاء غير الفاظ
القرآن فلا يمتنع اللهم اغفر لاخي لانه مما يستحيل سؤاله من الناس واختلف في قولهم اللهم ارزقني فمنهم
من يقول لا بأس به لان الرزاق هو الله ليس الا ومنهم من يقول يفسد به الصلوة واختاره المصنف في بعض النسخ
هو الصحيح لاستعمالها بين الناس يقال رزق الامير الجيش **وقوله** ويسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم
ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك التسليم على هذا الوجه قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود

رضي الله عنهم

رضي الله عنهم وروى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده
الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر والاخذ بقول كبار الصحابة اولى مما قال به مالك انه يسلم
تسليمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عائشة وسهل بن سعد الساعدي ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك
لان كبار الصحابة كانوا يرونه عليه السلام وعائشة كانت في صف النساء وسهل كان من جملة الصبيان فيحتمل انه
لم يسمعا التسليمة الثانية على ما روي انه عليه السلام كان يسلم الثانية اخفض من الاولى وينوي بالتسليمة الاولى
من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وهذا وضع الجامع الصغير وفي وضع الاصل قدم الحفظة وليس
في ذلك دلالة على ان بني ادم افضل من الملائكة ولا عكسه لان الواو لمطلق الجمع وانما ينوي عند التسليمة لانه
اقامة سنة فليكن بالنية كما في سائر السنن وهكذا قالوا في التسليم خارج الصلوة ينوي السنة وكذا في الثانية
ان ينوي فيها ما ينوي في الاولى وقال لان الاعمال بالنيات فان قيل قد اثبتم اشتراط النية في الوضوء بهذا
الحديث فكيف استدل به هاهنا فالجواب انا ابينا اشتراطها فيه لانه يستلزم الزيادة على الكتاب كما تقدم وهنا
ما جعلناها شرطا وانما استدل المصنف بظاهر لفظه على سنيته ما لا يخالفه كتاب ولا سنة حتى يستلزم الزيادة
على الكتاب قال صدر الاسلام هذا اشياء تركه الناس لانه قل ما ينوي احد شيئا ولا ينوي النساء في زماننا
يعني ان ما قال محمد من نية النساء كان في زمنهم واما في زماننا فلا ينوي النساء لان حضورهن الجماعات
متروك باجماع المتاخرين ولا من لا شركة له في صلاته من المؤمنين الغيب وقوله هو الصحيح احترازا عما قال الحاكم
الشهيد انه ينوي جميع الرجال والنساء من يشاركه ومن لا يشاركه ليكون على وفق سلام التشهد يعني قوله السلام
علينا وعلى عباد الله الصالحين ووجه الصحيح ان سلام التحليل خطاب والخطاب حظ الحاضرين بخلاف سلام التشهد فانه
تحية عامة للحضور والغيب الصالحين من عباده على ما قال صلى الله عليه وسلم اذا قال المصلي السلام علينا
وعلى عباد الله الصالحين اصاب كل عبد صالح من اهل السماء والارض **قال** ولا بد للمقتدي من نية
امامه قيل تخصيص الامام بالذكر زيادة فائدة لان قوله من يشاركه في الصلوة دون غيره وقوله فان كان
الامام في الجانب الايمن ظاهر وقوله هو الصحيح احترازا عما قال بعضهم ان الامام ينوي بالتسليمة الاولى لا غير
وعما قيل الامام يجب ان لا ينوي لانه يجهر بالسلام ويشير اليهم وهو فوق النية فلا حاجة الى النية وقوله ولا
ينوي في الملائكة يشير الى ان المراد بالحفظة ليس الكرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم انه ينوي به ذلك وهم اثنان
واحد عن يمينه يكتب الحسنات واخر عن يساره يكتب السيئات واخر امامه يلقنه الخيرات واخر وراءه يدفع
عنه المكاره واخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم يبلغه الى الرسول صلى الله
عليه وسلم وفي بعض الاخبار مع كل مؤمن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون واذا كان كذلك فينوي
بهم دون حصر في عدد فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام نؤمن بكلهم ولا نخصصهم بعدد لئلا يخرج
من هو منهم ولا يدخل فيهم من ليس منهم وقوله هو متمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها
التسليم وجه التمسك به ان الالف واللام ليس للعهد لعدم معهود وكان للاستغراق الجنس فقد جعل
جنس التحليل في الصلوة بالسلام فلم ابت بغيره فقد خالف النص ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما علمه التشهد قال له اذا قلت او فعلت هذا فقد تمت صلوتك
فان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد ووجه التمسك انه عليه السلام حكم بتمام الصلوة قبل
السلام وخيره بين القعود والقيام وهذا ينافي فرضية امر اخر ووجوبه الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه
احتياطا دون الفرضية لانه خبر واحد وبمثله لا تثبت الفرضية

فصل في القراءة

لما فرغ من بيان صفة الصلوة وكيفيتها وبيان اركانها وفرائضها وسننها
ذكر احكام القراءة في فصل على حدة لزيادة احكام تعلقت بها دون سائر الاركان وابتدأ بذكر الجهر والاخفاء

دون ذكر القعدة وان كان العكس متعينا لان القعدة معنى راجع الى الذات والجهر والاخفاء راجع الى
الصفة والذات قبل الصفة لان الجهر من صفات الاداء الكامل والقعدة يعتبر والعام رايتنا وكان الاداء
بذكر صفة تختص بالاداء الكامل الذي هو الاصل في شرعية الصلوة اولى لان المصلي ان كان اماما يجهر في
الفجر وفي الركعتين الاولين من المغرب والعشاء ويخفي في الاخريين هذا هو الماثور المتوارث المنقول
عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين ثم الجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت واجب بالسنة وهو ما
روي عن ابي هريرة انه قال في كل صلوة يقرا فما اسمعنا رسول الله اسمعناكم وما اخفى علينا اخفينا عليكم
واجماع الامة فان الامة اجمعت من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر وعلى المخافتة
فيما يخافت وبالمعنى الفقهي فانها ركن من اركان الصلوة فيجب اظهارها في الصلوات كلها كسائر الاركان
وهكذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر بالقراءة في الصلوات كلها الا ان الكفار لما لغوا عند القراءة
وغلطوا في الظهر والعصر ترك الجهر فيهما بهذا العذر والعذر وان كان بكثرة المسلمين تعينت المخافتة كالرمل
في الطواف واما في المغرب والعشاء والفجر فالكفار كانوا متفرقين ونياما فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالقراءة في هذه الصلوة على ما هو الاصل وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق
نفسه وان شاء خافت لانه ليس معه من يسمعه فلما تعادلت موجب الجهر والاخفاء ثبت التخيير وانما ذكر قوله
واسمع نفسه دفعا لما يقال فان الجهر الاسماع والاسماع اذ ليس معه احد يسمع ووجهه ان الفائدة لم تنحصر
في اسماع الغير بل من فائدته اسماع نفسه فيجهر لذلك وبيانا للحكم وهو ان لا يجهره كل الجهر اذ ليس معه احد
يسمعه بل ياتي بادنى الجهر فكان معناه ان شاء جهر واسمع نفسه ولا يسمع غيره والجهر افضل ليكون الاداء في
هيئة الجماعة ويخفي الامام القراءة في الظهر وان كان بعرفة لقوله صلى الله عليه وسلم صلوة النهار عجماء اي ليس فيها
قراءة مسموعة انما فسر بهذا احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما وتفسيره فانه يقول لا قراءة في هاتين الصلوتين
لقوله عليه السلام صلوة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة والدليل على عدم صحة تفسيره ما روي انه قيل لخباب
ابن الارت رضي الله عنه بم عرفتم قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلوة الظهر والعصر قال باضطراب لحيته
وبما روي عن ابي قتادة رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسمعنا الاية والايتين في الظهر احيانا
وقال مالك رحمه الله يجهر الامام فيهما في عرفة لان الصلوة هناك تقام بجمع عظيم فيجهر فيها كما في الجمعة
والحجة عليه ما رويناه واورد عليه بانه ليس بحديث وانما هو من كلام حسن البصري ذكره في الغريبين والفائق
للزمخشري ولئن سلم فهو عام مخصوص خص منه الجمعة والعيد فيجوز تخصيصه بالقياس على الجمعة واجيب بان اصحابنا
رحمهم الله ما لا اكبهم به ونقلوا ان ابن عباس رضي الله عنه كان يقول بعدم القراءة كما تقدم ولم يكونوا من اهل الاهواء
والبدع ولو لا ثبت اسناده عندهم لما نقلوا ذلك وعن ابن عباس الثاني بان الجمعة والعيدين ليست مخصوصة
لان الجمعة فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقراءة وكان نسخا للاخفاء
والعيد والنسخ بالقياس لا يجوز وكذا في الاعياد وغيره في حكم الجمعة والعيدين والنقل المستفيض اي الشائع المشتهر
ما روى ابو حنيفة رحمه الله في مسنده باسناده الى النعمان بن بشير ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرا في
الجمعة سبح اسم ربك الاعلى وهل اتاك حديث الغاشية وهو يدل على انه كان يجهر حتى يسمع قراءته وفي التطوع بالنهار
يخافت وبالليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا يدل على ان الجهر افضل لان الفرض في حق المنفرد كذلك
وروت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في تهجده يؤنس اليقظان ولا يوقظ الوسنان ولانه
عليه السلام كان لا يفعل الا الافضل وليس في بعض النسخ **قوله** ومن فاتته العشاء الى قوله ومن قرا في العشاء
والصواب ذكرها لانها من اصل مسائل الجامع الصغير حيث قال فخر الاسلام في الجامع الصغير هذه المسئلة مسئلة
هذا الكتاب والمصنف رحمه الله التزم ذكر مسائل الجامع الصغير وقوله وان كان وحده خافت حتما هو الصحيح خلافا

لما ذكر

لما ذكره شمس الائمة وفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي رحمهم الله في شرح الجامع الصغير فانهم قالوا
الجهر افضل لان القضاء يكون على وفق الاداء وفي الاداء المنفرد مخير بين الجهر والمخافتة والجهر افضل فكذلك في
القضاء واما تعليل المصنف وتقريره ان الجهر اما ان يكون جائزا او واجبا او جائزا وسبب الاول الجماعة
والفرض هاهنا عدمه وسبب الثاني الوقت والفرض عدمه فتعين الاخفاء ومنع بان السبب ليس بمنحصر في
ذلك لم لا يجوز ان يكون موافقة القضاء الاداء سببا للجواز ايضا في حق المنفرد ويمكن ان يجاب عنه بان ما ذكره
المصنف من سبق الجهر ثابت بالاجماع وقد انتفى كل منهما فينتفي الحكم واما موافقة القضاء الاداء فليس على سببيتها
اجماع ولا نص يدل عليها فجعلها سببا يكون اثبات سبب بالرأي ابدا وهو نزاع الى التركيب في موضع النزاع
وذلك باطل ولعل هذا حمل المصنف على الحكم بكونه خافتا هو الصحيح فيكون معنى قوله هو الصحيح دراية لما رواه فان
اكثر الروايات على الجواز كما ذكرنا آنفا ومن قرا في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرا فاتحة الكتاب لم يعد
في الاخريين وان قرا بالفاتحة ولم يزد عليها قرا في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر يعني بهما على الصحيح
كما نذكره وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يقضي واحدا منهما لان كل واحد منهما واجب
وهذا لو ترك احداهما ساهيا وجب عليه سجدة السهو فقضاها في الشفع الثاني او لم يقض والواجب اذا فات عن
وقته لا يقضى الا بدليل وهو ليس بموجود لان الدليل هو ان يكون ماله مشروعا يصرف الى ما عليه
والسورة في الاخريين غير مشروعة ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب
عليها السورة فلو قضاها في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة اذ التقدير انه قرا السورة ثم يقضي الفاتحة
في الشفع الثاني والذي وقع في الشفع بعد الذي وقع في الشفع الاول فتكون الفاتحة بعد السورة وهو خلاف
الموضوع ونوقض بترتب الفاتحة التي في الشفع الثاني على السورة التي في الركعة الثانية من الشفع الاول فانه ترتب
الفاتحة على السورة وهو مشروع لا محالة واجيب بان ذلك على وجه الدعاء وليس الكلام فيه وانما الكلام في قراءة
الفاتحة على وجه قراءة القران ولقائل ان يقول الفاتحة الواقعة في الشفع الثاني يجعلها كالواقعة في الشفع
الاول فليعتد اداءها وقعت قبل السورة حكما لان ذلك محلها فتكون السورة مترتبة على الفاتحة دون العكس والجواب
ان تقديرها كالواقعة في الشفع الاول لضرورة تدارك الفائت ان امكن وليس بممكن لاستلزامه تغيير المشروع
والضروري لا يثبت به تغيير المشروع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه ان امكن قضاؤها على الوجه المشروع وهو
ترتب السورة على الفاتحة والجواب عن قول ابي يوسف انا لا نسلم ان السورة في الاخريين غير مشروعة قال الامام فخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير ان السورة في الاخريين مشروعة نفلا ولهذا لو قرا فيهما لا يلزمه سجود السهو وقوله
ثم ذكر هاهنا اي في الجامع الصغير ما يدل على الوجوب لانه قال قرا فيكون بمنزلة الامر بالتاكيد وفي الاصل لفظة
الاستحباب لانه قال اذا ترك السورة في الاوليين احب الي ان يقضيها اما ما وجه ما ذكره في الجامع الصغير
فقد بيناه واما وجه ما ذكره في الاصل فما قال في الاصل الكتاب لانها اي السورة اذا كانت مؤخرة عن الفاتحة
فغير موصلة بالفاتحة الاولى لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ولم يدرك
الشق الاخر وهو ان تكون مقدمة على الفاتحة لبعده لانه يفضي الى غير مشروع اخر وهو تقديم السورة
على الفاتحة وان ذهب اليه بعضهم **وقوله** ويجهر بهما هو الصحيح احتراز عما روى ابن سماعة عن ابي
حنيفة وابي يوسف انه يجهر بالسورة خاصة لانه في الفاتحة مؤد فيراعي صفة ادائها وفي السورة قاض فيجهر
بها كما كان يجهر بالاداء ولا يكون جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة تقديرا لان القضاء يلتحق بمحل الاداء وعما
روى هشام عن محمد انه لا يجهر اصلا لانه لا يجهر بالفاتحة لما قلنا فلو جهر بالسورة كان جمعا بين الجهر والمخافتة
في ركعة واحدة وهو شنيع وذلك غير مشروع ووجه الصحيح ما ذكر ان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة
شنيع فاما ان يخفيهما كما روى هشام عن محمد وفي ذلك تغيير صفة الواجب فهو اولى **قال** ثم المخافتة ان

أن يسمع نفسه. إعلم إن اجراء الكلمات المستعملة على اللسان على نوعين كلام وقراءة لان الغرض منه اما أن تكون افادة المشبه المخاطب اولا فان كان الاول فهو الكلام والا فهو القراءة وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة وقد اختلف علماؤنا في الحد الفاصل بينهما فذهب الفقيه ابو جعفر الهندواني الى ان المخافتة هو ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف وقال لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ فان الاطرش يتكلم ولا يسمع وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة واعترض عليه بان الكتابة توجد فيها تصحيح الحروف ولا يسمى قراءة لعدم الصوت وهو فاسد لانه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقا قراءة بل تصحيح الحروف باللسان قراءة الا ترى الى قوله لان القراءة فعل اللسان قوله وفي لفظ الكتاب قيل يعني في مختصر القدوري وما ذكره هو اول الفصل بقوله فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه وان شاء خافت وقيل في المبسوط حيث قال وان كان وحده وكان صلوة وجهر فيها بالقراءة قرأ في نفسه أن يسمع نفسه لا غير ونقول وان شاء جهر واسمع نفسه وغيره فصار كانه قال المنفرد فيما يجهر فيها بالقراءة بالخيار ان اسمع نفسه لا غير وان شاء اسمع غيره واسمع نفسه وهذا كما ترى نازل بغير محتمل اذ ليس في كلام محمد ما يحمله **وقوله** وعلى هذا الاصل كلما يتعلق بالنطق يعني اذا قال انت طالق او انت حرة ولم يسمع نفسه لم يقع الطلاق والعتاق عند الكرخي خلافا للهندواني وكذا اذا اخبر بهما وخافت بالاستثناء والشرط بحيث انه لم يسمع نفسه لم يعتبر في الاستثناء أصلا وتأخر الى وجود الشرط عند الكرخي وعند الهندواني يقعان في الحال وعلى هذا التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة **قال** وادنى ما يجزي من القراءة في الصلوة القراءة في الصلوة اما أن تكون في الحضر او في السفر فان كانت في الحضر فهي على ثلثة اقسام قسم يتعلق به الجواز وقسم يخرج عن حد الكراهة وقسم يدخل به في حد الاستحباب وان كانت في السفر فاما أن يصلي في عجلة من السير او امنه وقرار والحكم ما ذكر خلا انه في العجلة تاثيرا في التخفيف وادنى ما يجزي من القراءة في الصلوة سواء كانت في الحضر او السفر عند ابي حنيفة آية واحدة ان كانت كلمات فصاعدا فلا خلاف بين المشايخ وان كانت كلمة واحدة كمدهامتان او حرفا واحدا كص ففيه اختلاف بين المشايخ وقال ثلث آيات قصار او آية طويلة كآية الكرسي وآية المداينة لان الرجل لا يسمى قارئا بدونه أي بدون المذكور من ثلث آيات او آية طويلة فاشبه قراءته قراءة ما دون الآية غير مجزية فكذلك قراءة الآية وحقيقة كلامهما أن الآية الواحدة وان كانت حقيقة إلا انه في العرف ينطلق على ثلاث آيات او آية طويلة فيصار اليه ولابي حنيفة قوله من القرآن **قوله** إلا أن ما دون الآية خارج جواب عما يقال لو كان المراد من قوله ما تيسر من القرآن مطلقة من غير فصل لجاز بما دون الآية كما جاز بالآية لان الاطلاق يتناوله اثنا وثلاثا او واحدا ولكن لم يجز بما دون الآية فكذلك بالآية ووجهه أن ما دون الآية لم يدخل في الاطلاق بالاجماع لان المطلق ينصرف الى الكامل والكامل من القراءة ما هو قرآن حقيقة وحكما وما دون الآية وان كان قرآنا حقيقة لكنه ليس بقرآن حكما حيث جاز قراءته للجنب والحائض فلا ينصرف المطلق اليه وعلى هذا التقرير يكون قوله خارج بمعنى لم يدخل لانه ابرز الكلام مبرز الاطلاق والتقييد لان العموم والخصوص ولهذا اقال فيما تقدم والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز ولان التخصيص عندنا ليس بطريق الاخراج بل بطريق ان المخصوص لم يدخل تحت الجملة على ما عرف في اصول الفقه ولزيادة تقرير قررناها في التقرير وقوله والآية ليست في معناه أي في معنى ما دون الآية مستغنى عنه إلا انه ذكره لدفع ما عسى أن يتوهم أن ما دون الآية اذا لم يدخل تحت الاطلاق فتلحق الآية به في ذلك فقال الآية ليست في معناه فتلحق به قوله وفي السفر مع انه من العوارض وهو النوم بالناخبر اما لانه قلة القراءة فكان انسب لذكر قراءة الآية الواحدة واما لان مبحث الحضر كبيرة فاراد أن يفرغ من مبحث السفر ليدخل في مبحث الحضر على فراغ بال في السفر ظاهر والاضطرار المبيح هو الامن ولما كان السفر مظنة التخفيف أدير الحكم عليه وخفف في القراءة وان كان المسافر حال الامن لان له تأثيرا في اسقاط شطر الصلوة وان كان على امنه وقرار فلان يخفف عنه يؤثر في تخفيف القراءة أولى فان قيل هذا

التعليل مخالف لما ذكر في طرف ابي حنيفة في مسئلة الاوقات في باب الاعتكاف حيث استدل ههنا بوجود التخفيف مرة على التخفيف ثانيا وأبى ذلك هناك اجيب بالفرق بين الموضعين بان العمل بتخفيف القراءة عمل بالدلالة لان كل شيء يظهر تاثيره في الاصل كان ظهور تاثيره في الوصف أولى لكونه تابعا للاصل بخلاف الاوقات فان الضرورة عملت في صفة التخفيف مرة ولغت مؤشها بها فلا تعمل ثانية ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين اربعين آية او خمسين سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ويروى من ستين الى مائة وبكل ذلك وردت الآثار وقال مولانا العلي بلغت سورة ق واقتربت من في رسول الله صلى الله عليه وسلم لكثرة قراءته لهما في صلوة الفجر وق حم وارتعون آية واقتربت حم وخمسون آية وروى ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في الفجر يوم الجمعة الم تنزيل السجدة وهل أتى على الانسان والاولى ثلثون والثانية احدى وثلثون فلما اختلفت مقادير رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفت رواية محمد فيها وفي لفظ الكتاب اشارة الى ان هذه المقادير انما كانت انما تكون في الركعتين لا في ركعة واحدة حتى تكون على رواية الاربعين في كل ركعة عشرون **قوله** ووجه التوفيق يعني بين الروايات وهو ظاهر وقوله وفي الظهر مثل ذلك أي مثل ما قرأ في الفجر لاستوائهما في سعة الوقت وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر الم تنزيل السجدة وفي الثانية هل أتى على الانسان فعلى انه قرأ في الظهر ما قرأ في ركعتي الفجر وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال وروى ابو سعيد الخدري انه كان يقرأ في الظهر قدر ثلثين آية وهو نحو سورة الملك وقوله والعصر والعشاء سواء يعني في سعة الوقت على وجه الاستحباب يقرأ فيهما باوساط المفصل لما روى جابر بن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الركعتين الاولتين من العصر والسماء ذات البروج والسماء والطارق ولحديث معاذ بن جبل أن قومه شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تطويل قراءته في العشاء فقال النبي صلى الله عليه وسلم أفتان انت يا معاذ اين انت من سبح اسم ربك الاعلى والشمس وضحاها والغربقصار المفصل لما روى انه صلى الله عليه وسلم صلى بالمعوذتين وطوال المفصل من سورة الحجرات الى سورة والسماء ذات البروج والاوساط منها الى لم يكن والقصار منها الى الآخر وقيل طواله من الحجرات الى عبس والاوساط منه كورت الى والضحى والقصار منه الى آخر المصحف وقوله ويطيل الركعة من الفجر به جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله في صلوة المغرب الى يومنا هذا فيه اعانة للناس على ادراك الجماعة ولا يطيل في غيرها عندهما وقال محمد احب الي أن يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روى ابو قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يطيل القراءة في الركعة الاولى في الصلوات كلها ولهما أن الركعتين مطلقا استويا في استحقاق القراءة لكونهما ركنا في الجميع وكلما كان كذلك يستويان في المقدار الا بما هو غير اختياري لان سبب الحدوث متحد وسبب التفاوت غير موجود وقلنا تعارض غير اختياري ليخرج صلاة الفجر لان تطويل الركعة الاولى متفق عليه فيها وللاثر وما يقال في جانب محمد أن معنى تطويل الركعة الاولى على الثانية موجود في سائر الصلوات إلا ان الغفلة في الفجر بسبب النوم وفي غيره باشتغال الناس بالكسب لان غفلتهم تلك باختيارهم بخلاف النوم ثم المعتبر في التطويل بالآيات ان كانت متساوية او متقاربة من حيث الكلمات والحروف واما اذا كانت متفاوتة من حيث ذلك فالمعتبر بالكلمات والحروف في مقدار زيادة احديهما على الاخرى فمنهم من اعتبر الثلث والثلثين بان يكون الثلثان في الاولى والثلث في الثانية وقال في شرح الطحاوي ينبغي أن يقرأ في الاولى بثلثين آية وفي الثانية بقدر عشر آيات او عشرين وهذا بيان الاولوية واما بيان الحكم فالجواز وان كان التفاوت فاحشا بان قرأ في الاولى باربعين وفي الثانية بثلث آيات واما اطالة الركعة الثانية على الاولى فمكروهة بالاتفاق ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث آيات لان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في المغرب بالمعوذتين والثانية اطول آية ولما قال في الكتاب من قوله لعدم الاحتراز عنه من غير

حرج والحرج مدفوع وهذا وهذا في الفرائض واما في غيرها فعن ابي يوسف ان زيادة احدى الركعتين على الاخرى
مكروهة وقيل لا بأس بكذا وجه لان امر النوافل اسهل الا ترى انها جائزة قاعدا مع القدرة على القيام واذا
قال وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها هذه المسئلة والتي بعدها يتراءى انهما في افادة
الحكم واحدة وليس كذلك كل منهما متغايران وضعا وبيانا اما الوضع فلان الاولى من مسائل القدوري والثانية
من مسائل الجامع الصغير وتكرر الاثنان فيهما اذا اختلفت الروايتان واما البيان فلان معنى الاول ليس في
شيء من الصلوات مطلقا تعيين قراءة سورة بعينها لا تجوز الصلوة بغيرها وهذا احتراز عن مذهب الشافعي
فانه عين قراءة الفاتحة لجواز الصلوات وقال لا تجوز الصلوة بغيرها من السور وقلنا انه باطل لاطلاق
ما يليها من قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن لا يقال فعلى هذا يلزم التكرار من وجه اخر لما تقدم ان قراءة
الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا خلافا للشافعي لان ما تقدم كان من لفظ الهداية على انه من لفظ القدوري
ومعنى الثانية يكره ان يعين المصلي شيئا من القرآن مثل الم السجدة وهل اتى على الانسان لشيء من الصلوات
كالفجر يوم الجمعة لا على انه لا يجوز بغيرها وهو ايضا احتراز عن مذهب الشافعي فانه يستحب ذلك لحديث ابن مسعود
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقراهما في صلوة الفجر فكيف يكون مكروها وقلنا ان في ذلك هجر الباقي وايثار
التفضيل بلا دليل وذلك مكروه لقوله تعالى وقال الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القرآن مهجورا اشكى
الرسول صلى الله عليه وسلم قومه قريشا الى ربه باتخاذهم القرآن مهجورا وهو موجب للحرمة لولا ورود الجواز
بغيرها فعملنا بكونه مكروها لا يقال ليس في ذلك هجر وانما هو تفضيل بدليل وهو ما رويناه من حديث ابن مسعود
لانه معارض بما روى جابر بن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الفجر ق وبما روي انه عليه السلام
اقام بتبوك اربعين ليلة وكان يقرأ في الفجر الفاتحة واذا زلزلت فعلم انه عليه السلام ما واظب على ذلك لان
في استحباب المواظبة مخالفة عليه السلام وحمل الصلوته على غير المسنون ولا كراهة اعظم من ذلك نعم لو فعل
ذلك احيانا كما فعله عليه السلام قلنا باستحبابه لبركة بقراءة النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقرأ المؤتم خلف الامام
سواء كان في الصلوة الجهرية او في غيرها خلافا للشافعي فانه في الفاتحة فانه يقول يجب عليه قراءتها في صلوة
السر وفي الركعات التي لا يجهر فيها وكذا فيما يجهر فيه على الصحيح من مذهبه قال اصحابه ويستحب للامام على هذا
القول ان يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ المقتدي الفاتحة واستدل على ذلك بان القراءة ركن من الاركان
فيشتركان فيه كما في سائر الاركان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة حدث
به ابو حنيفة في مسنده عن موسى بن ابي عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر بن عبد الله لا يقال هذا الحديث
معارض بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة الا بقراءة فيسلم السند له بالقياس سالما لانا نقول بالموجب اي سلمنا
لا صلوة الا بقراءة ولكن ليس الكلام فيه وانما الكلام في ان قراءة الامام قراءة له اولا وحديثهم لا يدل على نفي
ولا على اثبات وحديثنا يدل على ثبوته فقلنا به حذرا عن الالغاء ولهذا لم يذكر المصنف حديثهم في الاستدلال
لعدم الفائدة في ذكره وقوله وعليه اجماع الصحابة قيل فيه نظر لان منهم من يقول بوجوب قراءة الفاتحة على
ما روي عن ابن عباس وعبادة بن الصامت واجيب بان المراد اجماع اكثر الصحابة فانه روي عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة
منع المقتدي عن القراءة خلف الامام وقال الشعبي ادركت سبعين بدريا كلهم يمنعون المقتدي عن القراءة
خلف الامام وليس بشيء لان هذا المقدار ليس اكثر الصحابة وايضا المذهب عندنا ان خلاف الواحد كخلاف الكل
وقيل المراد به اجماع مجتهدي الصحابة وكبارهم وقد روي عن عبد الله بن زيد بن اسلم عن ابيه قال كان عشرة
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهون عن القراءة خلف الامام اشد النهي ابو بكر الصديق وعمر بن الخطاب
وعثمان بن عفان وعلي بن ابي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابي وقاص وعبد الله بن مسعود
وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس ويجوز ان يكون رجوع المخالف فتم الاجماع ويجوز ان يقال

لما ثبت

لما ثبت نهي العشرة المذكورة ولم ينكر احد عليه عند توفر الصحابة كان اجماعا سكوتيا وقوله وهو ركن
مشترك جواب عن قوله القراءة ركن وتقريره سلمنا انها ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي منهما
الاستماع والانصات لقوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لما روي عن ابن عباس ان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم قرؤا خلفه فخلطوا عليه القراءة فنزلت ولما روى ابو هريرة انه صلى الله
عليه وسلم قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فانصتوا الحديث **قوله** ويستحسن
اي قراءة الفاتحة على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد لما روي من حديث عبادة بن الصامت ويكره عندهما
لما فيه من الوعيد وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال من قرأ خلف الامام ففي فيه جمرة وقال فقد اخطأ
السنة وقيل المراد به ما روي عن سعد بن ابي وقاص انه قال من قرأ خلف الامام فسدت صلوته وما روي
ان عمر بن الخطاب قال ليت في فم الذي يقرأ خلف الامام حجرا وغير ذلك ولا منافاة في ذلك لجواز ان يكون مرادا
وقوله ويستمع وينصت وان قرأ آية الترغيب اي الى الجنة والترهيب اي من النار ودليله المذكور في الكتاب
ظاهر وهل يسأل ويتعوذ الامام والمنفرد اولا لم يذكره ههنا فاما الامام فلا يفعل ذلك لا في الفرض
ولا في النفل لانه لم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده ولانه يؤدي الى تطويل الصلوة على
القوم وهو مكروه وكذلك المنفرد اذا كان في الفرض لانه غير منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة
بعده واما اذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة قال صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الليل
فما مر باية فيها ذكر الجنة الا وقف وسأل الله الجنة وما مر باية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار
وكذلك اذا كان الخطيب في الخطبة يستمع القوم وينصتوا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قال لصاحبه
والامام يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلوة له وكذلك اذا صلى على النبي صلى الله عليه وسلم يستمعون وينصتون
سال ابو يوسف ابا حنيفة اذا ذكر الامام هل يذكرون ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم قال احب الي ان
يستمعوا وينصتوا ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون فقد احسن في العبارة واحتشم من ان يقول لا يذكرون
ولا يصلون على النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان الاستماع والانصات احب لان ذكر الله والصلوة على النبي صلى الله
عليه وسلم ليس بفرض واستماع الخطبة فرض فلا يجوز ترك الفرض لاقامة ما ليس بفرض وقوله الا ان يقرأ
الخطيب استثناء من قوله وكذلك ان صلى يعني اذا قرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا عليه
وسلموا تسليما يصلي السامع في نفسه لان الخطيب حكى عن الله انه يصلي وعن الملائكة انهم يصلون وحكى امر الله
بذلك وهو قد اشتغل بذلك فكان على القوم ان يشتغلوا بالصلوة تحقيقا لما كان منهم وقد روي هذا عن ابي
يوسف وهذا اذا كان قريبا من المنبر واذا كان نائيا عنه بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا في ان قراءة القرآن
اولى ام الانصات روي عن محمد بن سلمة انه قال الانصات اولى وهو اختيار الكرخي وقد اختاره الفقيه
لان المامور به عند قراءة القرآن شيئان الاستماع والانصات فاذا فاته احدهما عمل بالاخر امتثالا للامر
بحسب الامكان وقال بعضهم قراءة القرآن اولى وهو اختيار الفضلي بالانصات انما كان لاجل الاستماع
للتفكر وقد فات ذلك فيقرأ القرآن احرازا لثوابه والله تعالى اعلم

باب الامامة

لما فرغ من ذكر افعال الامام من بيان وجوب الجهر والمخافتة ومن تقدير القراءة بما هو سنة قراءة الامام
وذكر افعال المقتدي من وجوب الاستماع والانصات اتبعه ذكر صفة شرعية الامامة بانها على اي صفة
هي من المشروعات فذكر من يصلح لها وما يلوها من خواص الامامة فقال الجماعة سنة مؤكدة اي قوية تشبه
الواجب في القوة حتى استدل بمعاهدتها على وجود الايمان بخلاف سائر المشروعات وهي التي تسميها الفقهاء
سنة الهدى اي اخذها هدى وتركها ضلالة واشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الجماعة من سنن الهدى

لا يتخلف عنها الا منافق ولكن المراد بالمنافق المنافق المصطلح وهو الذي يبطن الكفر ويظهر الايمان والا كان الجماعة فرض عين لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة وكان آخر الكلام مناقضا لاوله فيكون المراد به الفاسق والجماعة من خصائص الدين فاذا لم تكن مشروعة في دين من الاديان ولا صحة لقول من جعلها فرض عين كاحمد وبعض اصحاب الشافعي ويقول لو صلى وحده لم يجز ولا لقول من يقول انها فرض كفاية كاكثر اصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي لانهم يستدلون بانه مأمور بها لقوله تعالى واركعوا مع الراكعين او خبر واحد وذلك لا يفيد الفرضية قوله واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة اي بالفقه والشريعة اذا كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة وعن ابي يوسف ان اولاهم بها اقرأهم لكتاب الله اي اعلمهم بالقراءة وكيفية اداء حروفها ووقوفها لان القراءة ركن في الصلاة لا بد منها والحاجة الى العلم انما يكون اذا نابت نائبة اي اذا عرض عارض مفسد ليتمكن من اصلاح صلاته وقد تعرض وقد لا يعرض ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم محتاج اليه لسائر الاركان والخطأ المفسد للصلاة لا يعرف الا بالعلم فان تساووا في العلم بالسنة فاقرؤهم لقوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة ووجه الاستدلال ظاهر واعترض بوجهين احدهما ان قوله عليه السلام يؤم القوم بمعنى الامر والامر للوجوب فيكون الترتيب الواقع في الحديث واجب الرعاية سواء كان المراد ما وقع في ظاهره من تقديم الاقرأ او ما وقع في الكتاب من تقديم الاعلم بالسنة وليس كذلك فان الترتيب المذكور للافضلية دون الجواز ان الاستدلال به على خلاف المدعى فان المدعى تقديم الاعلم بالسنة والحديث يدل على تقديم الاقرأ لكتاب الله واجيب عن الاول بانه ليس بمعنى الامر بل هو صيغة اخبار لبيان الشرعية وهو حقيقة فلا يصار الى المجاز مع امكان العمل بها سلمناه ولكنه للاستحباب بالاجماع وعن الثاني بان اقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه على ما روي عن عمر انه حفظ سورة البقرة في بضع عشرة سنة فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا لا يقال هذا يفضي الى التكرار اذ يؤول معنى الحديث الى يؤم القوم اعلمهم فان تساووا فاعلمهم بالسنة لان المراد اقرؤهم اي اعلمهم باحكام كتاب الله دون السنة **وقوله** اعلمهم بالسنة اي اعلمهم باحكام كتاب الله والسنة لانه قال فان تساووا اي فان تساووا في العلم باحكام كتاب الله فاعلمهم بالسنة فعلم ان قوله اعلمهم بالسنة هو اعلمهم لكتاب الله والسنة فكان الاعلم الثاني غير الاعلم الاول وقوله فان تساووا فاورعهم ليس في لفظ الحديث في ترتيب الامامة انما في الحديث بعد ذكر الاعلم ذكر اقدمهم هجرة لكن اصحابنا جعلوا مكان الهجرة الورع والصلاح لان الهجرة كانت منقطعة في زمانهم فجعلوا الهجرة عن المعاصي مكان تلك الهجرة والورع الاجتناب عن المحرمات فان تساووا فاسنهم اي اكبرهم ولم يذكر ان تساووا في السن وذكر غيره احسنهم خلقا ثم احسنهم وجها ثم اصبحهم وجها وجملة القول ان المستحب في التقديم ان يكون افضل القوم قراءة وعلما وصلاحا ونسبا وخلقا وخلقا اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه كان هو الامام في جميع ليتبعه سائر الناس بعده في الاوصاف ثم امتهم الافضل فالافضل **قال** ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ لتعلم احكام الصلاة فيكره الصلاة خلفه وقال الشافعي لا يكره الصلاة خلفه اذا استوى في القراءة والعلم والورع لقوله صلى الله عليه وسلم اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع والجواب ان تقديمه يؤدي الى تقليل الجماعة لان الناس يستنكفون عن متابعته وما يؤدي اليه مكروه والمراد بالحديث الامارة ويكره تقديم الاعرابي لغلبة الجهل فيهم والفاسق لانه لا يهتم بامر دينه وقال مالك لا تجوز الصلاة خلفه لانه لما ظهرت منه الخيانة في الامور الدينية لا يؤتمن في اهم الامور قلنا ان عبد الله بن عمر وانس بن مالك وغيرهما من الصحابة والتابعين صلوا خلف الحجاج وقد كان افسق والاعمى لما ذكر في الكتاب وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه اي يؤدبه ويعلمه وان تقدموا وصلوا جازت الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم صلوا خلف كل بر وفاجر ووجه الاستدلال ان كل واحد من هؤلاء المذكورين اما ان يكون برا او فاجرا فتجوز الصلاة خلفه على كل حال ولا يطول الامام بهم اي بالقوم الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم

من

من ام قوما الحديث وحديث معاذ بن جبل حين شكى قومه تطويل قراءته معروف وصح انه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين في صلاة الفجر يوما فلما فرغ قالوا اوجزت قال عليه السلام سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان تفتتن وذلك اوضح دليل على ان الامام ينبغي له ان يراعي حال قومه ويكره للنساء ان يصلين جماعة لانهن في ذلك لا يخلون عن ارتكاب محرم اي مكروه لان امامهن اما ان يتقدم على القوم او يقف وسطهن وفي الاول زيادة الكشف وهي مكروهة وفي الثاني ترك الامام مقامه وهو مكروه والجماعة سنة وترك ما هو سنة اولى من ارتكاب مكروه وصار حالهن كحال العراة في انهم اذا ارادوا الصلاة بجماعة وقف الامام وسطهم كيلا يقع بصرهم على عورته فانه مكروه غير السنة لاجله وفي ان الافضل لكل من النساء والعراة ان يصلي وحده خلا ان العراة يصلي كل منهم منفردا قاعدا يومئ ايماء دون النساء وقوله فان فعلن اي صلين بجماعة قامت الامام وسطهن لما ذكرنا في الكتاب من الاثر والمعقول فان قيل تعارضت ههنا حرمتان زيادة الكشف في التقدم وترك مقام الامام بالتوسط فلو رجحت رعاية جانب الكشف على جانب ترك المقام اجيب بان الاحتراز عن ترك مقام سنة والعزم مرجح لا محالة وقوله وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام جواب عما يقال اذا كانت امامتهن مكروهة فلم فعلت عائشة وجوابه انها فعلت ذلك في ابتداء الاسلام وكانت جائزة سنة يقف الامام وسطهن فنسخت سنيتها دون الجواز فانهن لو صلين جماعة جازت بالاجماع تقدمت الامام او توسطت لاستجماع شرائط الجواز ولكن الافضل التوسط لرجحان جانب الستر كما ذكرنا وههنا بحث من اوجه الاول ان النبي صلى الله عليه وسلم اقام بمكة ثلث عشرة سنة ثم تزوج عائشة بالمدينة فكيف يصح قوله وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام الثاني ان المذهب عندنا ان انتفاء صفة الوجوب يستلزم انتفاء صفة الجواز كما عرف ولا فرق بين الوجوب والسنة في ذلك لوجود الموجب فيهما كوجوده فيه وهو واضح للمتأمل ولئن سلم اثره وقد قررنا طريق ذلك في التقرير فاذا انتسخ السنية انتسخ الجواز والاستدلال بالمنسوخ غير صحيح والثالث ان امامتهن في صلاة الجنازة غير مكروهة وارتكاب احد المحرمين فيها موجود والرابع ان التعليل بزيادة الكشف غير صحيح لبقاء الحكم بعد فنائها فان المرأة لو لبست ثوبا يحتوي من قرنها الى قدمها وامت النساء خاصة ولا رجل ثم فانه لا كشف هناك اصلا فضلا عن الزيادة ونفيت مهما مكروهة وبقاء الحكم بدون العلة غير صحيح والجواب عن الاول انه يجوز ان يكون المراد بابتداء الاسلام ما قبل زمان الانتساخ فانه ابتداء بالنسبة الى ما بعده وعن الثاني بان الجواز الثابت في جوازه في ضمن الكراهة والذي كان في ضمن السنة نسخ معها والاستدلال لا بفعلها لبيان انها كانت سنة ونسخت وانما جوزت في زماننا بمقتضى الجواز الذي كان من استجماع شرائطه وانتفاء موانعه ما يوجب كراهته من ارتكاب المحرم وعن الثالث بان ترك الجماعة انما كان لاجتماع السنة مع الكراهة فترك السنة لاجل الكراهة وفي صلاة الجنازة اجتماع الفرض مع الكراهة فقد ابتلين بترك الفرض تحرزا عن ارتكاب المكروه واقامة مع ارتكابه اولى وانما قلنا ذلك لانهن ان صلين جماعة وقامت الامام وسطهن اقمن فرضا لكون الصلاة فرضا على الكل وارتكبن مكروها وان صلين فرادى تركن المكروه لكن على وجه يؤدي الى فوات الصلاة عن بعضهن لان الفرض يسقط باداء الواحدة وقد يتفق فراغ واحدة قبل الباقيات فتكون الصلاة من الباقيات نفلا والتنفل بصلاة الجنازة غير مشروع وعن الرابع بان ذلك نادر لا حكم له على ان التقدم ثابت بالسنة والتعليل لايضاحها **قال** ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه اذا صلى الامام مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضه قال بت عند خالتي ميمونة لارقب صلاة النبي صلى الله عليه وسلم بالليل فانتبه فقال نامت العيون وغارت النجوم وبقي الحي القيوم ثم قرأ آخر سورة آل عمران ان في خلق السموات والارض الى آخره ثم قام الى شن معلق فتوضأ واتجه فقمت وتوضأت ووقفت على يساره فاخذني باذني وادارني خلفه حتى اقامني عن يمينه وفي مبسوط شيخ الاسلام فقمت خلفه فاخذ باذني واقامني عن يمينه فعدت الى مكاني فاعادني ثانيا وثالثا فلما فرغ قال ما منعك يا غلام ان تثبت في الموضع الذي اوقفتك قلت انت رسول الله فلا ينبغي لاحد ان يساويك في الموقف فقال صلى الله عليه وسلم اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل فاعاده رسول الله

صلى الله عليه وسلم إلى الجانب الأيمن دليل على أنه هو المختار إذا كان مع الإمام رجل واحد واعترض بأن الجماعة في صلاة النفل بدعة وصلاة الليل كانت نافلة وأجيب بأن التهجد كان فرضا على النبي صلى الله عليه وسلم وكان اقتداء متنفل بمفترض ولا يتأخر المقتدي الواحد عن الإمام في ظاهر الرواية وعن محمد أنه يضع أصابعه عند عقب الإمام فلا معتبر بطول المقتدي الذي بحيث يقع سجوده قبل الإمام بل العبرة للموقف وقوله لأنه خالف السنة يعني ما ذكرنا من حديث ابن عباس ولم يفصل بين ما إذا وقف خلف الإمام أو عن يساره وهو اختيار بعض المشايخ ومنهم من فرق وقال لا يكون مسيئا إذا كان خلف الإمام لأن ابن عباس فعل ذلك وقد دعا له النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكرنا آنفا بخلاف ما إذا قام عن يساره فإن حذيفة فعل ذلك ورد عليه النبي صلى الله عليه وسلم **وقوله** ونقل ذلك عن ابن مسعود روي أن ابن مسعود صلى بعلقمة والأسود فقام وسطهما ولنا أنه صلى الله عليه وسلم تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما عن أنس بن مالك أن جدته مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعته فأكل منه ثم قال قوموا فأصلي بكم قال أنس فقمت إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبث فنضحته بماء فقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا فصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم انصرف فهذا أي تقدم النبي صلى الله عليه وسلم دليل الأفضلية والأثر دليل الإباحة ولم يعكس ليكون من باب تعليم الجواز والإباحة كما زعم أبو يوسف حملا لفعل النبي صلى الله عليه وسلم على الأفضلية وقال إبراهيم النخعي وما روي عن ابن مسعود فكان لضيق المكان فلا يكون بيانا وقيل اليتيم أخو أنس لأبيه اسمه عمير وفي كتب الحديث الصحيح أن اسمه ضميرة بن سعد الحميري المدني واليتيم علم غالب له كالنجم للثريا ووجه الاستدلال بقوله من حيث أخرهن الله ما قال أبو زيد في الأسرار حيث عبارة عن المكان ولا مكان يجب تأخيرهن فيه إلا مكان الصلاة ويجوز للتعليل يعني كما أخرهن الله في الشهادة والإرث والسلطنة وسائر الولايات **وقوله** أما الصبي فلأنه متنفل واضح لأنه غير مكلف وقوله ولا يجوز اقتداء المفترض به يجيء بيانه وقوله السنن المطلقة يعني به السنن الرواتب المشروعة قبل الفرائض وبعدها وصلاة العيد على إحدى الروايتين والوتر عندهما وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء عندهما وقوله جوزه مشايخ بلخ لأنهم قاسوا هذه المسألة بمسألة المظنون بعلة أن النفل في حق الصبي غير مضمون فصار كنفل البالغ إذا كان غير مضمون وهي في مسألة المظنون لأنهما سواء في هذا الوصف ولم يجوزه مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر ومنهم أي من المشايخ من حقق الخلاف في النفل المطلق بين أبي يوسف ومحمد فقال أبو يوسف لم يجوز اقتداء البالغ بالصبي في النفل المطلق ومحمد جوزه والمختار أنه لا يجوز في الصلوات كلها وهذا اختيار منه لمذهب مشايخ ما وراء النهر لأن نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالإفساد بالإجماع وقوله بخلاف المظنون جواب عن قياس مشايخ بلخ على المظنون وتقريره قياس اقتداء البالغ بالصبي على الاقتداء بالظان فاسد لأن المظنون مجتهد فيه لأن عند زفر القضاء واجب على الظان وكل مجتهد فيه يجعل محققا طرفيه على البدل فالمظنون يجعل وجوب القضاء بالنظر إلى اجتهاد زفر والمانع عن القول بوجوبه مطلقا إنما هو العارض وهو ظن الإمام وهو عارض غير ممتد عرض بعد أن لم يكن فجاز اعتبار عدمه وحينئذ يكون المظنون واجب القضاء مطلقا وكان اقتداء ضامن بضامن بخلاف الصبي فإن عدم القضاء عليه بالإجماع ولا يحتمل كونه مضمونا والصبا أيضا عارض ممتد لا يمكن اعتبار عدمه فكان اقتداء ضامن بغير ضامن وهو بناء القوي على الضعيف **قال** ويصف الرجال ثم الصبيان هذا بيان ترتيب القيام خلف الإمام وليلني أمر من الولي وهو القرب والأحلام جمع الحلم بالضم وهو ما يراه النائم وغلب استعماله فيما يراه النائم من دلالة البلوغ والمراد ليلني البالغون منكم والنهى جمع نهية وهي العقل فإن قيل هذا الحديث يدل على تقديم الرجال على الصبيان وأما تقديم الصبيان على النساء فلا دلالة عليه أجيب بأن الصبيان تابعة للرجال لا محالة فجعل لهم ويجوز أن يقال تقديمهم عليهن ثابت بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فإنه أقام العجوز وراء اليتيم ولكن لم يذكره في الكتاب قوله ولأن المحاذاة دليل معقول ومقتضيه لذكر مسألة المحاذاة وقوله فإن حاذته امرأة اعلم أن المحاذاة

المفسدة هو أن يحاذي قدم المرأة عضوا من الرجل في الصلاة وشرائطها أن تكون المرأة مشتهاة حالا أو ماضيا منوية إمامتها وأن تكون الصلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء وأن لا يكون بينهما حائل وذكر المرأة مطلقة ليتناول المحارم والحليلة والأجنبية وذكر الحال ليتناول الصغيرة المشتهاة واختلف في حد الشهوة فقدره بعضهم بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين والأصح أنه لا معتبر بالسن فإن كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة وإلا فلا وذكر الماضي ليتناول العجوز التي يتنفر منها الرجال لما أنها كانت مشتهاة وشرطية إمامتها لأن اقتداءها لا يصح بدونها فلا تفسد صلاة الرجل ووصف الصلاة بكونها مطلقة احترازا عن صلاة الجنازة فإن المحاذاة لا تفسدها لأنها ليست بصلاة على الحقيقة وإنما هي دعاء للميت وإنما لا يصح اقتداء الرجل بالمرأة فيها لشبهها بالصلاة المطلقة في اشتمالها على التحليل والتحريم وشرط الاشتراك وهو تحقق الغرض وباقتداء المتطوعة بالمتطوع وبالمفترض وأن يكون الاشتراك تحريمة وأداء حتى لا يكون المحاذاة في أداء ما سبق مفسدة لأن المسبوق في أداء ما سبق منفرد بدليل اقتدت ناوية للعصر برجل يصلي الظهر لم يصح اقتداؤها فرضا وإنما يصح نفلا فقد وجد الشروط ولم تفسد الصلاة أجيب بالمنع وشرط عدم الحائل لأنه إذا كان بينهما حائل مثل مؤخرة الرحل لا تفسد وقد ظهر من هذا أنه إذا فات شرط من شروطها لا تفسد لما قال إنها عرفت مفسدة بالنص وهو ما روي أن أنسا أن جدته مليكة صنعت طعاما إلى آخر ما روينا بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به وأما إذا وجد هذه الشروط كلها فإنها تفسد عندنا خلافا للشافعي وهو القياس اعتبارا بصلاة المرأة فإنها لا تفسد ووجهه ظاهر لأن المحاذاة لما لم توجب فساد صلاة المرأة لم توجب فساد صلاة الرجل لأن المحاذاة فعل يتحقق من الجانبين ووجه الاستحسان وهو الذي ذهب إليه علماؤنا أن هذا الرجل ترك فرض مقام الإمام ومن ترك المقام فسدت صلاته أما أنه ترك فرض المقام فلأن تأخير المرأة فرض على الرجل في صلاة يشتركان فيها لما روى عبد الله ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أخروهن من حيث أخرهن الله أمر الرجال بالتأخير ولا مكان يجب تأخيرهن في غير الصلاة فتعين فيها فإن قيل هذا خبر واحد ولا يثبت به الفرض أجيب بأنه من المشاهير وإليه أشار المصنف بقوله وأنه من المشاهير ولأن تأخيرهن في الصلاة المشتركة فرض بدلالة الإجماع لأنا أجمعنا على عدم جواز اقتداء الرجل بالمرأة مع اتحاد فرضهما وهو إما أن يكون لنقصان حالها في ذلك كالصبي أو لعدم صلاحيتها كالأمي أو لفوات شرط من شروط الصلاة كالعاري أو لفوات ترتيب المقام كما في إمامة المتأخر بالاستقراء لعدم مجاوزه اتفاقا جواز الاقتداء بها شرعا وليس للنقصان لأنه غير مانع لصحة الاقتداء مطلقا لجواز إمامة العبد والفاسق والأعمى مع نقصان أحوالهم بل إنما يمنع إذا لزم من ذلك محظور كإمامة الصبي فإنها تستلزم بناء القوي على الضعيف ولا لعدم الصلاحية لجواز إمامتها للنساء متقدمة ومتوسطة ولا لانتفاء شرط من الشروط لأن المفروض عدمه فلم يكن ذلك إلا باعتبار فرض المقام الثابت بقوله صلى الله عليه وسلم أخروهن الحديث فلما أجمعنا ههنا لانعدام التأخير ثبت الفساد في المتنازع فيه أيضا لانعدام التأخير وأما أن من ترك المقام فسدت صلاته فكالمقتدي إذا تقدم على إمامه **وقوله** وهو المخاطب به جواب عن وجه القياس وتقريره لأنا نقول لا يلزم من عدم فساد صلاتها لأنه هو المخاطب به أي بقوله أخروهن دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم إذا تقدم على الإمام واعترض بأنه إذا كان مأمورا بالتأخير كانت مأمورة بالتأخر ضرورة وأجيب بالمنع فإنه يمكن تأخير الرجل بأن يتقدم عليها بخطوة أو خطوتين ولا تأخرها هنا سلمنا ذلك لكنه ضمني فلا يساوي القصد وقوله وإن لم ينو إمامتها بيان لتأثير النية وقوله لم يضره أي لم يضر المحاذاة المصلي وقوله لأن الاشتراك لا يثبت دونها أي دون النية عندنا خلافا لزفر فإن نية إمامتها ليست بشرط لفساد صلاة الرجل بعد ما دخلت في صلاته لأن الرجل صالح لإمامة الرجال والنساء ثم اقتداء الرجل به صحيح بلا نية إمامته فكذلك اقتداء المرأة وقوله ألا ترى توضيح لقوله لأن الاشتراك لا يثبت دونها وتقريره الإمام يلزمه الترتيب في المقام بالنص وكل من يلزمه شيء يتوقف على التزامه كالاقتداء كان

لزوم المقتدي فيما وصلوة المقتدي لما كان من جانب الامام محتملا لم يصح الاقتداء الا بالتزام والالتزام انما يكون بالنية
فكما ان الاقتداء لا يصح بدون النية ليكون الضرر الملازم من جانب الامام ضررا مرضيا كذلك لا يصح امامة للنسا
بدون النية للنسا ليكون الضرر اللازم للامام من جانبهن ضررا مرضيا وهذا واضح جدا وفيه بحث من وجهين
احدهما ان هذا موقوف على ثبوت اشتراط الاشتراك وثبوته ممنوع لان النص لم يفصل بين ان يكون المحاذاة
في صلوة مشتركة او غيرها والثاني انه منقوض على قول ابي حنيفة باقتداء القاري بالامي فان صلوة الامي تفسد بـ
اقتداء القاري به ومع ذلك لا يشترط للامي نية امامة القاري والجواب عن الاول انه تشكيك في المسلمات فان
كل من يقول بمسئلة المحاذاة يشترط الاشتراك وانما الخلاف بيننا وبين زفر فانه يقول الاشتراك يثبت بدخولها
في صلوته نوى امامتها او لم ينو ونحن نقول لا يثبت الاشتراك دونها كما ذكرنا انفا والتشكيك في المسلمات غير
ممنوع على ان النص يدل على ترتيب المقام والمقام وترتيبه انما يكون في صلوة اديت بجماعة لان للامام تقدم
على المأموم بالرتبة والصلوة بالجماعة تستلزم الاشتراك وعن الثاني بانه على قول الكرخي ممنوع فانه لا يصح عنده
بدون النية ولئن سلمنا فنقول كلامنا في فساد يحصل بسبب الاقتداء كالذي في اقتداء المحاذية فان صلوة الامي
انما تفسد بسبب صورة النقص ليست كذلك لان القاري لو صلى وحده والامي وحده وامكن للامي الاقتداء به فسدت
ايضا صلوته فلم يكن الفساد بسبب اقتدائه حتى يدفع عن نفسه بترك النية **وقوله** واما تشترط نية الامامة
اذا ائتمت محاذية اي اذا اقتدت بالامام محاذية له تشترط نية الامام لفساد الصلوة واما اذا وقفت خلفه فاما
ان يكون بجنبها رجل او لا فان كان فالصواب ان اقتداءها لا يصح الا بالنية من جهة الامام لانه يلزم الفساد على من بجنبها
وذلك يستدعي النية ممن بجنبها على الاصل المار الا انه مولى عليه من جهة امامه فينوب ما يلزمه على التزام امامه
والتزام الامام التزامه وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان في رواية لا يصح اقتداءها لاحتمال الفساد من جهة
المشي والمحاذاة فيحتاج الى الالتزام وفي رواية يصح وعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق وهو ان الفساد في الاول
وهو ما اذا كانت محاذية لازم اي واقع وفي الثاني وهو ما اذا كانت خلفه وليس بجنبها رجل محتمل لاحتمال ان
تمشي فتحاذي ولكن الظاهر عدم ذلك فلم تشترط نية الامام هذا في صلوة تشترك فيها فاما اذا تقدم عليه وحاذتها
اثناء فورت الكراهة **وقوله** ويكره لهن حضور الجماعات كانت النساء يباح لهن الخروج الى الصلوات ثم لما
صار سببا للوقوع في الفتنة منعن عن ذلك كما جاء في التفسير ان قوله تعالى ولقد علمنا المستقدمين منكم ولقد
علمنا المستاخرين نزلت في شان النسوة حيث كان المنافقون يتاخرون للاطلاع على عورات النساء ولقد نهى عمر النساء
عن الخروج الى المساجد فشكون الى عائشة فقالت لو علم النبي صلى الله عليه وسلم ما علم عمر ما اذن لكن في الخروج فاحتج
به علماؤنا ومنعوا الشواب عن الخروج مطلقا واما العجائز وهي جمع عجوز والعامة تقول عجوزة فمنعهن ابو حنيفة
عن الخروج في الظهر والعصر دون الفجر والمغرب والعشاء واجاز الصاحبان خروجهن في الصلوات كلها لانعدام الفتنة لقلة الرغبة في
العجائز كما اخرجهن ذلك في العيد بالاتفاق واما للصلوة كما روى الحسن عن ابي حنيفة انهن يخرجن للصلوة ويقمن
في اخر الصفوف فيصلين مع الرجال لان فيه تكثير اهل الجماعة تبعا للرجال او لتكثير السواد كما روى المعلى عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة انهن يخرجن لتكثير السواد ويقمن في ناحية ولا يصلين لانه صح انه صلى الله عليه وسلم امر الحيض
بذلك وليس من الصلوة ولان فرط الشبق حامل على الوقاع فتقع الفتنة والفرط يكون الطاعة مجاورة له
والشبق بغتة في شدة ثوبه الضراب غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء
فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون وجعل المصنف الجمعة من قبيل صلوة الظهر وهو المذكور في المبسوط
والجبانة حتى لا يباح لهن الخروج اليها وشيخ الاسلام جعلها من قبيل صلوة العيدين حتى يباح لهن الخروج والعشاء
جعله المصنف من قبيل العشاء وهو المذكور انفا بها وجعله شيخ الاسلام من قبيل الظهر وقوله والجامع
متسعة جواب عن قياسهما على صلوة العيدين والفتوى اليوم على كراهة حضورهن في الصلوات كلها

للظهور

للظهور والفساد **قال** ولا يصلي الطاهر الاصل في جنس هذه المسائل قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن
بمعنى يتضمن صلوته صلوة المقتدي لانا نعلم يقينا ان معناه ليس الضمان في الذمة فان صلوة المقتدي ليست
في ذمة الامام فيكون معناه صلوة الامام تتضمن صلوة المقتدي وصلوة المقتدي اذا كان اقوى حالا من الامام فوق
صلوته والشيء انما يتضمن ما هو دونه او مثله الا ما هو فوقه وعلى هذا لا يجوز اقتداء الطاهر بمن هو في معنى
المستحاضة ومن به سلس البول واستطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ ولا الطاهرة
خلف المستحاضة لنقصان حالهما ولا عن حال المقتدي ولا المكتسي بالعاري ولا الامي بالاخرس لقوة حالهما اذا
المراد بقوة الحال الاشتمال على ما لم يشتمل عليه صلوة الامام مما يتوقف الصلوة عليه والامي يقدر على الافتتاح دون
الاخرس واختلفوا في جواز اقتداء المتوضي بالمتيمم فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف ومنعه محمد وقال لان طهارة من هو دونه
والطهارة الضرورية تتضرر دونه والطهارة بالماء اصلية ولا شك ان حال من اشتمل على الطهارة الاصلية اقوى من حال
من اشتمل على الطهارة الضرورية ولهما ان الطهارة مطلقة اي غير موقتة بوقت كطهارة ضرورية باتفاق وعلمنا بيان
لانه في الحقيقة تلويث ولا يصار اليه الا عند العجز عن استعمال الماء ومطلقة باتفاق فيهم لانه لم يكن موقتا بوقت ثبت
به ما يثبت بالطهارة بالماء من استباحة الصلوة وتجديد التلاوة ومس المصحف واما الثاني في التعليل بكل منهما فيما
يصلح ان يكون علة فيه فاختار ابو حنيفة وابو يوسف جهة الاطلاق في حق الطلاق الصلوة لان الشارع اعطاه حكم
الطهارة المطلقة واتضح نفي الحرج لقوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم من غير فصل وتوقف
وفي نفي جواز الاقتدا مخالفة لاطلاقه وتؤدي الى نوع من الحرج واختار جهة الضرورة في حق انقطاع الرجعة
اذا انقطع دمها في الحيضة الثالثة فيما دون العشرة وقالا لم ينقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير ان يصلي لان
الرجعة الشرعية لم تذكر بها الطهارة في باب الرجعة فكان المقصود من طهارتها اداء الصلوة فما لم يترتب عليه
ما هو المقصود منه لم يكن طهارة بالنسبة الى غيره واما محمد فقد عمل في كل واحد من البابين بالاحتياط والاحتياط
في باب الصلوة القول بعدم جواز اقتداء المتوضي بالمتيمم لانه لما لم يجز له ذلك لا بد له ان يقتدي بالمتوضي او يصلي
منفردا حتى تكون صلوته بالوضوء فيخرج عن عهدة الصلوة على الوجه الاكمل وفي باب الرجعة القول بالانقطاع
بالانقطاع لانه لما انقطعت الرجعة لم يكن له ان يراجعها ولا يجامعها وانقطاع الرجعة مما يوجد فيه الاحتياط
اجماعا الا ترى انها لو اغتسلت وبقي على بدنها لمعة انقطعت الرجعة عنها احتياطا واذا انصور التيمم على هذا
الوجه اندفع ما سرائي كل واحد من العلماء ترك اصله وناقض كلامه ويؤم الماسح الغاسلين لانه غاسل قدمه فلبس
الخف والخف مانع سراية الحدث الى القدم فهو باق على كونه غاسلا فان قيل لا نسلم انه باق على كونه غاسلا لان الخف
قائم مقام بشرة القدم والحدث قد حله اجاب بقوله وما حل الخف يزيله المسح على الخف كغسل الرجل وقوله ويصلي
القائم خلف القاعد ظاهر **وقوله** انه عليه السلام صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام هو ما روي انه
عليه السلام لما ضعف في مرضه الذي قبض فيه قال مروا ابا بكر يصلي بالناس فقالت عائشة لحفصة قولي له ان
ابا بكر رجل اسيف اذا وقف في مكانك لا يملك نفسه فلو امرت غيره فقالت له ذلك فقال عليه السلام انكن
صواحبات يوسف مروا ابا بكر يصلي بالناس فلما افتتح ابو بكر الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في نفسه
خفة فخرج يهادى بين علي والعباس ورجلاه تخطان الارض خطا حتى دخل المسجد فسمع ابو بكر حس مجي النبي صلى الله
عليه وسلم فتاخر وتقدم النبي وجلس يصلي وابو بكر يصلي بصلوته والناس يصلون بصلوة ابي بكر يعني ان ابا
بكر كان يسمع تكبير رسول الله فيكبر والناس يكبرون بتكبير ابي بكر وهذا اخر صلوة صلى الله عليه وسلم فكان ناسخا
لما قبله فان قيل هذا الحديث مضطرب فان بعض الروايات يدل على ان الامام كان ابا بكر وبعضها على انه كان النبي
صلى الله عليه وسلم فكيف الاستدلال به اجيب بان الامام الخطابي ذكر في شرح الصحيح ورجح هذه الرواية التي اخذ بها
ابو حنيفة وابو يوسف وهي رواية عبيد الله بن عبد الله بن عتبة لفقهه واتقانه وموافقة ابن عباس فانه قال

هرات

دخلت على عبد الله بن عباس فقلت اعرض عليك ما حدثتني عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هات فعرضت عليه
حديثها فما انكر منه شيئا وقوله ويصلي المومي خلف مثله ظاهر **وقوله** لان العقود لغير فيثبت به القوم ولنا
ان صلوة التطوع متنفلا بالاجماع القادر على القعود لا يجوز **قال** ولا يصلي الذي يركع ويسجد
خلف المومي قال زفر يجوز امامة المومي لمن يركع ويسجد لان الركوع والسجود سقطا الى بدل والمتادي بالبدل كالمتادي
بالاصل ولهذا قلنا ان المتيمم يوم المتوضين ولنا ان حال المقتدي اقوى بناء على ما ذكرنا من الاصل فيمتنع الاقتدا
ولا نسلم ان الايماء بدل عن الركوع لان بعضه وبعض الشيء لا يكون بدلا عنه فلما كان بعض الاصل لو جاز الاقتدا
كان مقتديا في بعض الصلوة دون البعض وذلك لا يجوز قوله ولا يصلي المفترض خلف المتنفل هذه مسئلة اقسام
اقتداء المفترض بالمتنفل وعكسه واقتداء المفترض بالمفترض مختلفين فاما الاول فلا يجوز لان الاقتداء بناء امر
وجودي لانه عبارة عن متابعة شخص لاخر في افعاله بصفاتها وهو مفهوم وجودي لا سلب فيه وبناء الامر الوجودي
على المعدوم غير متحقق ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فيما نحن فيه واما الثالث فلذلك لان الاقتداء
شركة في التحريمة وموافقة يعني في الافعال ولا شركة ولا موافقة الا عند اتحاد ما تحرما له وفعلا وجواز الكل
معناه شركة في التحريمة على قول ابي حنيفة وموافقة فيها قيل على قولهما وفيه نظر لان الشركة تقتضي المعية في
الاشتراك والبناء يقتضي التعاقب فيكون بين الدليل الاول والثاني تناف والجواب ان الاشتراك انما هو بالنسبة
الى التحريمة والبناء بالنسبة الى الافعال فلا منافاة بينهما والشافعي جوز الاقتداء في الصورتين جميعا قال المصنف
لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة يعني قال احد يصلي بذاته الا انه موافق الامام في الاركان والانتقال
من حيث الوقت وفيه نظر لانه استدل بالموافقة على عدم جواز الاقتداء واستدل بها ايضا الشافعي على جوازه
وذلك ظاهر الفساد والجواب ان المراد بالموافقة في دليلنا موافقة نفسية وفي دليله موافقة في تطبق افعاله الصادرة
منه على الزمان الذي طابقه افعال الامام ليس الا وهذا غير ذلك لا محالة وقوله وعندنا معنى التضمين
مراعى اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الامام ضامن على ما تقدم من معناه وكون الشيء لا يتضمن ما فوقه
فان قيل قد صح ان معاذا كان يصلي العشاء مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيصليها لقومه في بني سلمة فكانت
صلوة قومه فرضا وصلوته نفلا اجيب بان ذلك لا يلزم لان معاذا اجاز ان يكون ينوي مع النبي صلى الله عليه
نفلا ويصلي مع قومه الفرض ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض وهو القسم الثاني لان الحاجة في حقه اي في حق المتنفل
الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء وهذا بناء على ان مطلق النية كاف في صحة النفل والفرض يشتمل
عليه فيصح الاقتداء اعلاء العكس والحاصل ان الشركة لا بد منها في صحة الاقتداء وامارتها جواز بناء احدهما
على الاخر للمنفرد في المختلفين والمنفرد لا يصح ان يبني فرضا على فرض اخر فلا يقتدي به فيه كذلك وكذا لا يصح له ان
يبني الفرض على النفل واما بناء النفل على تحريمة الفرض فقد يجوز وان كان مكروها فيصح الاقتداء بغيره ومن
اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد وانما قيد بالعلم بعد الاقتداء لانه لو علم بذلك قبله لم يجز الاقتداء به
اجماعا وقال الشافعي لا يجب عليه الاعادة بناء على ما تقدم ان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة من غير معنى
التضمين ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى باصحابه ثم تذكر جنابة فاعادها وقال من ام قوما
ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وعورض بما روى انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه
دخل في صلوته فكبر وكبرنا معه ثم اشار الى القوم ان امكثوا كما انتم فلم نزل قياما حتى اتى رسول الله صلى الله عليه
وسلم قد اغتسل وراسه يقطر ماء فصلى بهم ولو لم يكن منعقدا لم يكلفهم استدامة القيام فدل على ان عدم
طهارة الامام لا يمنع انعقاد صلوة المقتدي اذا لم يعلم بحال الامام واجيب بان الامر بالمكث لا يدل
على الانعقاد لجواز ان يكون ذلك منعا لهم عن التفرق الا ترى ان محمد بن سيرين ذكر هذه القصة وذكر ان النبي
صلى الله عليه وسلم اومى اليهم ان اقعدوا ولو انعقدت صلوتهم لم يامرهم بذلك على انه يجوز ان يكون قبل العلق

صلوة

صلوة القوم بصلوة الامام على ذلك حكاية بحال لا بجارحة القول وقوله ونحن نعتبر معنى التضمين معناه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال الامام ضامن فلا يخلو اما ان يكون المراد به انه ضامن لصلوة نفسه ولا فائدة في ذلك
لان كل واحد كذلك او ضامن لصلوة القوم وهو صحيح ثم انه اما ان يكون ضامنا للصلوة صحة ووجوبا واداء او صحة
وفسادا والاول ليس بمراد بالاجماع فتعين الاخر ان على معنى انه يحمل السهو والقراءة عن المقتدي وتفسد
صلوة المقتدي بفساد صلوة الامام **وقوله** واذا صلى امي الامي منسوب الى الام اي كما ولدته امه
والمراد به من حيث ما ورد في الكتاب والحديث ولسان العرب من لا يحسن الخط ولا يقرا شيئا ومن اخر قراءة اية من
التنزيل لحرج عن كونه اميا عند ابي حنيفة وثلثة ايات او اية طويلة عندهما فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به لان
فرض القراءة يتم بما ذكرنا من المقدار وما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله وهذه اشارة الى ترك فرض القراءة
وقوله يكون قراءته قراءة له يعني لما روينا من قوله من كان له امام فقراءة الامام قراءة له وقوله بخلاف
تلك المسئلة يريد ما استشهد به من القاري اذا ام عراة ولابسين والامي اذا لم يرد به الاخرس ام قوما
قارئين وخرسا وصاحب الجرح والمومي اذا ام من هو بمثل حالهما ومن هو اعلى حالا منهما والمذكور في الكتاب احد
طريقي لابي حنيفة والطريق الاخر ما ذكره الكرخي ان افتتاح الكل قد صح لان اوان التكبير والامي قادر عليه
كالقاري فبصحة الاقتداء صار الامي متحملا فرض القراءة عن القاري ثم جاء اوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل
فتفسد صلوته وبفساد صلوته تفسد صلوة القوم بخلاف سائر الاعذار فانها قائمة عند الافتتاح ولا يصح اقتدا
من لا عذر به بصاحب العذر وقوله ولو كان يصلي الامي فيه شائبة الجواب عما يقال لو كان النظر الى القدرة
على جعل الصلوة بقراءة بالاقتداء بالقاري معتبرا لما جازت صلوة الامي وحده والقاري وحده لا قتداره على ان يجعل
صلوته بالاقتداء بالقاري ووجهه انه لم يعتبر ذلك لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة والشرع انما جعل
قراءة الامام قراءة المقتدي اذا اقتدى بخلاف ما نحن فيه فان كلا منا في الاقتداء وقوله وهو الصحيح احترازا
عما ذكر ابو حازم ان قياس قول ابي حنيفة ان لا تجوز صلوته وهو قول مالك وقوله وقدم في الاخريين اميا
اي احدث فاستخلف اميا فسدت صلوتهم وقال زفر وهو رواية عن ابي يوسف في غير الاصول لا تفسد صلوته
لان فرض القراءة قد تادى وكان استخلاف القاري والامي سواء ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلو عن القراءة
بالدلائل الدالة على وجوبها اما تحقيقا كما في الركعتين الاوليين واما تقديرا كما في الاخريين فان القراءة في
الاوليين قراءة في الاخريين بالحديث وليس شيء منهما بموجود في حق الامي اما تحقيقا فظاهر واما تقديرا
فلعدم الاهلية والشيء انما يقدر اذا امكن تحقيقه وقوله وكذا على هذا لو قدمه اي الامي في التشهد
يعني قبل ان يقعد مقدار التشهد لم تفسد صلوته عند زفر وفسدت عندنا واما اذا قدمه بعد ما قعد قدر
التشهد فسدت صلوته عند ابي حنيفة خلافا لهما وهي من الاثني عشرية وقيل لا تفسد عند الكل اما عندهما فظاهر
واما عنده فلوجود الخروج من الصلوة بصنعه وهو الاستخلاف كما لو قهقه او تكلم لان هذا من فعله وهو مناف
فانقطعت صلوته وانما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع قيل وهذا هو الصحيح والله تعالى اعلم

باب العوارض في الصلوة

ذكر احكام السلامة عن العوارض في الصلوة انفرادا وجماعة لانها هي الاصل ذكر في هذا الباب ما يعرض لها
من العوارض ويمنعها من المضي والاصل اولى بالتقديم ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف الى الوضوء
لانه لو مكث ساعة صار جزء من الصلوة موديا مع الحدث واداؤها معه لا يجوز فيفسد ما ادى فيفسد الباقي
ضرورة ان الصلوة الواحدة لا تتجزى صحة وفسادا فان كان اماما استخلف وتفسير الاستخلاف ان ياخذ بثوب
رجل ويجره الى المحراب وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافي الصلوة لانها تستلزم
الطهارة والحدث ينافي الطهارة ومنافي اللازم مناف للملزوم والشيء لا يبقى مع المنافي ولان المشي والانحراف

عن القبلة يفسد الصلوة وكل ما يفسدها لا يبقى معه كالحدث العمد فالصلوة لا يبقى مع المني والاعراض وقوله
فاشبه الحدث العمد يعني مرتبة الدليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف او امذى في صلاته فلينصرف
وليتوضا وليبن على صلاته ما لم يتكلم وقوله عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه
وليقدم من لم يسبق بشيء ووجه الاستدلال لا ذاته قال وليبن على صلاته وادنى مرتبة الامر الاباحة فيكون البناء مباحا
وهو المطلوب فان قيل الامر في قوله فليتوضا للوجوب فيكون في ليبن كذلك ولم تقولوا به فالجواب ان القران
في النظم لا يوجب القران في الحكم وقد اجمع الخلفاء الراشدون وفقهاء الصحابة كعبد الله بن مسعود وعبد الله
بن عباس وعبد الله بن عمر وانس بن مالك وسلمان الفارسي على ما قلنا وتحليه من الاجماع بترك القياس اذ لم يكن
هناك نص فكيف اذا كان وانما ذكر الحديث الثاني لان فيه بيان الاختلاف وقال من لم يسبق بيانا للافضل لانه اولى
على امام الصلوة من المسبوق فيتعلثم يكون جنابة وقوله والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به فيه جواب
عن قياس الشافعي والحدث السابق بالحدث العمد وتقريره ان قياس الحدث السابق على الحدث العمد فاسد لوجود الفارق
لان السابق فيه البلوى لحصوله بغير فعله فجاز ان يجعل معذورا بخلاف العمد فلا يجوز الحاق السابق به كما في
في النزوح وفيه نظر لانه قال والقياس ان يستقبل وذلك اعتراف بصحة القياس الا انه ترك بالنص والاشتغال
ببيان فساده تناقض والظاهر ان مراده ترك الحاق العمد بالسابق فان لقائل ان يقول والعمد في كونهما منافيين
للصلوة سواء فاذا اتى في السابق بما ذكرتم من الدليل فليبن في العمد الحاقا به فقال في السابق بلوى دون العمد
والشيء انما يلحق بغيره اذا كان في معناه والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وهو ظاهر واعلم ان
البناء المذكور انما يصح في الاحداث الخارجة من بدنه الموجبة للوضوء لا الغسل من غير قصد منه للحدث او لسببه
ولا من غيره اذا لم يات بعده بمنافي الصلوة من توقف في موضع الصلوة وكلام وحدث او كشف عورة من غير
ضرورة وقيل ان المنفرد يستقبل اي الافضل له ذلك والامام والمقتدي يبني لذلك والمنفرد ان شاء اتم
في منزله الذي فيه بعد الانصراف وهو اختيار بعض مشايخنا لما فيه من تقليل المشي وان شاء عاد الى مكانه وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده لتكون جميع الصلوة مؤداة في مكان واحد واعترض بان في العود الى
مكانه مشيا في الصلوة من غير حاجة اذ الاداء في المنزل صحيح وذلك مفسد للصلوة واجيب بان المشي غير مفسد لما
لان حرمة الصلوة تجعل الاماكن المختلفة كمكان واحد ولهذا اصح النفل على الدابة وقوله والمقتدي يعود الى مكانه
يعني حتما حتى لو اتم بقية صلوته في موضع وضوئه لم يجزه لان بينه وبين امامه ما يمنع صحة الاقتداء من طريق او نهر
او حائط ولهذا اذا فرغ الامام او لم يكن بينهما حائل جاز ان يبني في منزله فاذا ادرك امامه في الصلوة فهو
مخير بين ان يقضي ما سبقه الامام في حال اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ثم يقضي آخر صلوته وبين ان يتابع
الامام ثم يقضي ما سبقه الامام بعد تسليمه لان ترتيب افعال الصلوة ليس بشرط خلافا لزفر كذا في شرح
الطحاوي **قال** ومن ظن انه احدث المصلي اذا انصرف عن مكان صلوته على ظن انتفاء شرط جواز
صلوته اما ان يكون انصرافه على قصد اصلاح الصلوة او قصد رفضها فان كان الاول فاما ان خرج من المسجد اولا
فان خرج استقبل الصلوة وان لم يخرج اتمها والمعتبر فيها الاستقبال لوجود الانصراف من غير عذر كما اذا كان
على قصد الاعراض على ما يأتي وهو اي الاستقبال رواية عن محمد قال في النهاية وعلى هذا فيما اذا كان في
المسجد على غير حائط القبلة لا تفسد صلوته بالاتفاق وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى انه
لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته وقصد الاصلاح ملحق بحقيقة الاصلاح [illegible] كما ان [illegible] الكافر
بالاسلام [illegible] بشرط ان يكون قصد هو الرجوع الى الكفار [illegible]
لو تحقق ما توهمه من الحدث ما فسدت صلاته بالانصراف للاصلاح فكذا اذا انصرف على قصده [illegible]
بان قصد الاصلاح لما الحق بحقيقته [illegible] لما شرط كذلك واجب

بان

بان الحكم ثبت بتقدير لبقاء وفي الحقيقة وجد القصد وقام العذر ولكن في قيام العذر فاحتاط عن ذلك فيما اذا كان
قد استخلف فتبين انه لم يحدث فسدت صلوته فان لم يخرج من المسجد لوجود العمل الكثير من غير عذر بخلاف ما اذا تحقق
ما توهمه فان العمل غير مفسد لقيام العذر وكان الاستخلاف كالخروج من المسجد يحتاج لتحقيقه الى قصد الاصلاح
وقيام العذر فان كان الثاني فسدت حيث انصرف خرج من المسجد او لم يخرج لان الانصراف اذا كان على قصد الاصلاح
لم تفسد صلاته ما لم يخرج او يستخلف واذا كان على قصد الاعراض والرفض فسدت صلاته فهو الحرف اي الاصل
في جنس هذه المسائل لو انصرف على ظن انه لم يمسح او على ظن انه لم يصل التي قبلها او على ظن ان مدة المسح قد انقضت
ثم علم انه لم يكن ذلك استقبل لانه انصرف على قصد الرفض قوله ومكان الصفوف لبيان انه اذا لم يكن في المسجد
ما ذا يكون حكمه وهو واضح وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل الصلوة لانه يندر وجود هذه العوارض في
الصلوة فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلوته الحديث
وكذلك اذا قهقه لانه اي فعل القهقهة بمنزلة الكلام في ان كلا منهما ينقل المعنى من ضميره الى نفس السامع وهي اي
وهو اي الكلام قاطع لانه صلى الله عليه وسلم قال ما لم يتكلم وهذا اذا وجدت هذه العوارض قبل ان يقعد
قدر التشهد فاما اذا وجدت بعده فلا استقبال لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان قيل سلمناه ولكن لا بد
للخروج من فعل المصلي على قول ابي حنيفة ولم يوجد اجيب بانه لا يخلو الموصوف بها عن اضطراب او مكث وكيف
ما كان فالصنع منه موجود اما في الاضطراب فظاهر واما في المكث فلانه يصير به مؤديا جزءا من الصلوة
مع الحدث والاداء صنع منه وقد تقدم ما هو من شرط البناء قيل هذا باكثر مما ذكره فليكن على ذكر منك
وقيل وانما قال او نام فاحتلم لان النوم بانفراده ليس بمفسد وكذا الاحتلام المنفرد عن النوم وهو البلوغ
بالسنة فجمع بينهما بيانا للمراد **قال** وان حصر الامام عن القراءة كل من امتنع عن شيء لم يقدر
عليه فقد حصر عنه فان عجز الامام عن القراءة بنسيانه جميع ما كان يحفظ فاستخلف غيره جاز عند ابي حنيفة
وقالا لا يجزيهم قال في النهاية بل يتمها بدون القراءة كالامي اذا ام قوما اميين ونسبه بعض الشارحين
الى السهو لان مذهبهما انه يستقبل وبه صرح الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقوله لانه اي الحصر
عن القراءة نادر الوجود كالجنابة في الصلوة فلم يكن في معنى ما ورد به النص من الحدث الذي تعم به البلوى
ولابي حنيفة ان الاستخلاف في باب الحدث جاز للعجز عن المضي والعجز ههنا الزم لان المحدث قد يجد في المسجد ماء
فيكمل اتمام صلاته من غير استخلاف اما الذي نسي جميع ما يحفظ لا يقدر على الاتمام الا بالتذكر والتعلم لذا ذكره
فامي حاله وذكر ابو اليسر انما يجوز الاستخلاف اذا كان يحفظ القران الا انه لحقه خجل او خوف فامتنع عليه
القراءة فاما اذا نسي فصار اميا لم يجز الاستخلاف وقوله والعجز عن القراءة غير نادر جواب عن قولهما انه يندر
وجوده وقوله ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة ظاهر وكذا قوله وان سبقه الحدث وقوله في هذه الحالة
يعني بعد التشهد وقوله وقد مر من قبل يعني في باب التيمم حيث قال وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر
على استعماله وقوله وان رآه بعد ما قعد بيان مسائل تسمى باثني عشرية وهي مشهورة وقوله بعمل يسير بان كان
الخف واسع الساق لا يحتاج في نزعه الى المعالجة وانما قيد به لانه اذا كان ضيقا تعالج بالنزع تمت صلوته بالاتفاق
وقوله فتعلم سورة قيل يتذكر بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعليم وذلك فعل ينافي الصلوة فتتم صلوته
بالاتفاق وقيل سمعها بلا اختيار وحفظها بالسمع **وقوله** او تذكر فائتة قيل هذا يعني اذا كانت في الوقت
سعة وقوله او احدث فاستخلف اما قيل هو اختيار المصنف واما على اختيار فخر الاسلام فلا فساد في الاستخلاف
بعد التشهد بالاتفاق وقوله او دخل وقت العصر في الجمعة قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عندهما
اذا صار ظل كل شيء مثليه وعنده اذا صار مثله واجيب بان هذا على قول الحسن بن زياد بين الظهر والعصر
وقتا مهملا فاذا صار ظل الشيء مثله تحقق الخروج عندهم وتمت الصلوة عندهما وعنده باطلة وهذا الخلاف

قول المصنف او دخل وقت العصر في الجمعة وقيل يمكن ان يقعد في الصلوة بعد ما قعد قدر التشهد الى ان يصير الظل مثله فحينئذ يتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى ولكن يمكن توجيهه على المروي عن ابي حنيفة ان الخروج والدخول يكون بزوال الشيء مثله كما هو مذهبهما فانه حينئذ يتحقق الخلاف واعلم ان نسبة المسائل في الوقت الى الحسن بن زياد انما هي على ما نقل في مبسوطه شمس الائمة واما في مبسوط شيخ الاسلام وغيره فهي منسوبة الى رواية اسد بن عمرو عن ابي حنيفة والمنسوب الى الحسن رواية الموافقة في المذهب على ما تقدم وقوله كالمستحاضة ومن بمعناها يعني اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا فلو انقطع الدم بعد التشهد ثم دام في وقت صلوة اخرى فالصلوة الاولى جائزة عند ابي حنيفة وان لم يدل فهي باطلة لتحقق الانقطاع بعد التشهد وهو كالانقطاع في وسط الصلوة عندهما جائزة لانها كالانقطاع بعد تمام الصلوة قبل قوله وقيل الاصلح قول ابي سعيد البردعي وعليه العامة وفيه اشارة الى ان المختار عند المصنف غيره وهو قول الكرخي فان فسادها بالامور المذكورة عند ابي حنيفة ليس لذلك عند الكرخي لان الفعل قد يوجب معصية بان يقهقه او كذب ولا يجوز ان تكون المعصية فرضا بل الخروج بفعل المصلي ليس بفرض بالاتفاق وانما عنه ان هذه الاشيا مغيرة للصلوة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده قبله لما انه في حرمة الصلوة ولهذا لو نوى المسافر في هذه الحالة الاقامة اثر والمعنى بالمغير ما يجب الصلوة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة هي عليها قبلها فان الصلوة يجب بعد رؤية الماء والقضا مدة المسح ووجدان الثوب وتعلم السورة بالوضوء والغسل والتستر والقراءة بعد ان كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم القراءة وقيل المعنى به كون الصلوة جائزة بالاجماع به وبضده فانها تصح بالتيمم والمسح والايما واضداد هذا **وقوله** كما ما روينا من حديث ابن مسعود يريد به قوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت الحديث علق عليه السلام التمام باحدهما فمن علق بثالث فقد خالف النص وله ان اداء صلوة اخرى في وقتها واجب لا محالة وهو لا يمكن الا بالخروج من هذه وكان الخروج منها وسيلة الى الفرض با قضا قوله تعالى اقيموا الصلوة وما لا يتوسل الى اداء الفرض الا به كان فرضا وهذه النكتة منقولة عن الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي واعترض بوجهين احدهما ان المراة لو حاذت رجلا في هذه الحالة تمت صلوته بالاتفاق ولا صنع منه والثاني انه على ما قررتم يكون فرضا لغيره كالسعي الى الجمعة فيجب ان يتم صلوته في الصور المذكورة لحصول المقصود من الصنع وهو الخروج من الاولى كما لو دخل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت واجيب عن الاول بان المحاذاة مفاعلة لا يتحقق الا من فاعلين وكان منه صنع اداه الثبات في مكانه وعن الثاني بان الخروج عن الاولى يجب ان يكون على وجه يبقى صحيحة لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ولان الترتيب فرض ولم يبق هنا الخروج صحيحة لا يقال انما لم يبق صحيحة لان الخروج لم يكن بصنيع المصلي وكان بقاؤها صحيحة موقوفا على الخروج بصنع المصلي فلو توقف الخروج على بقائها صحيحة دار لانا نقول الخروج بصنع المصلي موقوف على ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة على ما ياتي ويلزم منه بقاؤها صحيحة ولا معتبر بالضمنيات وقوله عليه السلام جواب عن استدلالهما بحديث ابن مسعود وهو مثل قوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه اي قارب التمام تماما بما بقي لا انه وقوله والاستخلاف غير مفسد جواب عما يقال الاستخلاف الامي صنع المصلي فكان الواجب ان لا يفسد بل انه لو لو استخلف قاريا في خلال الصلوة لم يضره والمعتبر من الصنع ما كان مفسدا لكون عملا منافيا للصلوة رافعا للتحريمة وردنا لا نسلم ان الاستخلاف ليس بمفسد فان المصنف فالخير طريقة احدث فاستخلف انه مفسد صلوته لانه عمل كثير والحق ما قاله فخر الاسلام ان صلوته تامة في هذه الحالة لكونه عملا منافيا للصلوة والثاني ان لا معناه ان الفساد في هذه الصورة عنده ليس للاستخلاف لانه ليس بمفسد انما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية الامي للامامة والرد مردود لانه قال هناك عمل كثير من غير عذر وههنا فرض المسئلة فيما اذا كان لعذر ولا يلزم من كونه مفسدا اذا لم يكن عذر كونه مفسدا عند العذر وكذلك ما اوردنا

اليه

اليه في مطلع البحث من قول بعض الشارحين ان قول المصنف وقيل الاصل فيه اشارة الى ان مختاره غير مردود لان ذكر المختار وذكر غيره والاحتجاج عليه غير متوقع في مثله **قال** ومن اقتدى بامام اذا ادرك الرجل بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه فقدم صح الاستخلاف لان صحته بالمشاركة وقد وجدت والاولى ان يستخلف مدركا لانه اقدر على اتمام صلوة الامام لاحتياجه الى استخلاف غيره للتسليم والاقدر اولى بالخلافة وقوله وهو الاصح احتراز عن رواية ابي حفص ان صلاته ايضا تامة لانه مدرك اول صلاته فيكون كالفارغ بقعدة الامام قدر التشهد ووجه الاصح انه قد بقي عليه البنا وحكم الامام في حقه في المنع من البنا كضحكه ولو ضحك هو في هذه الحالة فسدت صلوته فكذا اذا ضحك الامام قوله فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد انما قيد بذلك لان القهقهة والحدث العمد اذا وجد قبله فسدت صلوة الجميع بالاتفاق وقد بينا صلوة المسبوق ولان صلوة المدرك لا تفسد بالاتفاق وفي صلوة اللاحق روايتان وقوله وله ان القهقهة مفسدة لانها كالحدث في ازالة شرط الصلوة وهي الطهارة فيكون مفسدا للجزء الذي يلاقيه من صلاة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي لا بنائها عليها وقوله لانه منه المنهي ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة عند الفراغ من الصلوة كالتسليم والخروج بفعل المصلي فان الشرع اعتبرهما لذلك قال صلى الله عليه وسلم وتحليلها التسليم وقال الله تعالى فاذا قضيتم الصلوة فانتشروا في الارض وقوله والكلام في معناه يعني من حيث ان السلام كلام مع القوم عنده ولهذا لو خوطب بكاف الخطاب وقوله وينتقض وضوء الامام عند العلما الثلاثة خلافا لزفر فان عنده ان كل قهقهة توجب اعادة الصلوة توجب الوضوء وما لا فلا لانه في معنى المنصوص عليه من كل وجه ولنا انها وجدت في حرمة الصلوة لانه لو نهى في هذه الحالة وجب عليه سجود فيكون مفسدا للوضوء **وقوله** ولا يعيد وفي بعض النسخ يعيد وهما متفقان لان عدم الاعادة لسلامة الاعادة لان اتمام الركن بالانتقال والانتقال مع الحدث لا يتحقق لان المنتقل اليه جزء من الصلوة واداء جزء منها بعد سبق الحدث مفسد فلا بد من الاعادة والقياس ان ينتقض بالحدث جميع ما ادى لكن تركناه بالاثر الوارد في البنا فبقي انتقاض الركن الذي سبقه الحدث فيه على القياس ولزم اعادة ما كان الحدث فيه بالقياس وقوله وان قدمه على ان ركوعه اي مكث راكعا قدر ركوعه لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة لان الاستدامة فيما يستدام كالانشاء فلا يحتاج الى انشاء الركوع اصله قوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ومن ذكر في ركوعه او سجوده ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجد التي ذكرها صلبية كانت او تلاوة اعاد الركوع والسجود ليقع الافعال مرتبة بقدر الامكان وهذا بيان الاولى لان مراعاة الترتيب في افعال الصلوة ليست بركن الا ترى ان المسبوق يبدا بما ادرك مع الامام ولو كان الترتيب ركنا لما جاز له تركه بعذر الجماعة كالترتيب بين الصلوات فلو ترك الاعادة جاز لان ذكر السجدة لا ينقض الركوع فيصح الاعتداد به بخلاف سبق الحدث فانه ينقضه كما تقدم وهو معنى قوله لان الانتقال مع الطهارة وعن ابي يوسف انه تلزمه اعادة الركوع لان القومة عنده فرض فيجب لحظة من الركوع ولم يرفع راسه فقد ترك الفرض فعليه الاعادة بالقرن وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا عاد الى السجدة الصلبية بعد ما قعد قدر التشهد فانه يرتفض القعدة وكذا لو تذكر في الركوع انه لم يقرا القرآن ارتفض الركوع واجيب بان القعدة انما ترتفض بالاتيان بالسجدة لان النبي صلى الله عليه وسلم علق تمام الصلوة بالقعدة في قوله اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك فلو قلنا بجواز تاخير غيرها عنها كان تمام الصلوة بذلك الغير وهو خلاف النص وكذلك لا يجوز تاخير القيام او الركوع عن السجود لان القيام وسيلة الى الركوع والركوع وسيلة الى السجود حتى ان من لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه القيام والوسايل متقدمة على المقاصد والقراءة زينة القيام وكانت تابعة له ومن

ومن أمّ رجلا واحدا فأحدث وخرج من المسجد فالمأموم إمام نوى الإمام ذلك أو لم ينو لما فيه أي في
تعيينه إماما صيانة صلوة المقتدي لأنه لو لم يصر إماما خلا مكان الإمامة عن الإمام وهو يوجب فساد
صلوة المقتدي فإن قيل التعيين لا يتحقق بلا تعيين ولم يعين أجاب بقوله وتعيين الأول لقطع المزاحمة
ولا مزاحم وكان التعيين موجودا حكما وإذا تعين لذلك كان كالمستخلف حقيقة فيتم صلوته مقتديا به ولو لم
يكن خلفه إلا صبي أو امرأة اختلف المشايخ فيه فقيل تفسد صلوة الإمام فقط لاستخلاف من لا يصلح للإمامة
حكما فإنه لما تعين للإمامة كان الإمام مقتديا به ومن اقتدى بمن لا يصلح للإمامة فسدت صلاته وقيل لا تفسد
صلوته لأن الاستخلاف إنما يكون حقيقة أو حكما ولا شيء منهما بموجود أما حقيقة فظاهر لأن الفرض عدمه وأما
حكما فلأنه يقتضي صلاحيته للإمامة والفرض عدمها ومنهم من يقول تفسد صلوتهما لأنه لما لم يصر مستخلفا
لا حقيقة ولا حكما لما ذكرنا بقي الإمام منفردا فلا تفسد صلاته وتفسد صلاة المقتدي لخلو مكان إمامه عن
الإمامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

هذا الباب لبيان العوارض التي تعرض في الصلوة باختيار المصلي فكانت مكتسبة وأخر عما تقدم لكونها سماوية ومن تكلم
في صلوته عامدا أو ساهيا بطلت صلاته وقال الشافعي لا تفسد في الخطاء والنسيان إلا إذا طال الكلام
ولم يفرق المصنف بين السهو والكلام الناسي لعدم التفرقة بينهما في حكم الشرع والسهو ما يتنبه صاحبه بأدنى
تنبيه والخطاء ما لا يتنبه بالتنبيه أو يتنبه بعد اتعاب والنسيان أن يخرج المذكور من الخيال على ما عرف
في موضعه ومفزعه أي ملجأه الحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطاء والنسيان
الحديث ووجه الاستدلال أن حقيقتهما غير مرفوعة لوجودهما بين الناس فيكون الحكم وهو الإفساد مرفوعا
ولنا حديث معاوية بن الحكم قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فعطس بعض القوم فقلت يرحمك
الله فرماني القوم بأبصارهم واثكل أماه ما لي أراكم تنظرون إلي شزرا فضربوا أيديهم على أفخاذهم فقلت أنهم
يسكتوني فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم دعاني فوالله ما رأيت معلما أحسن منه تعليما ما كهرني ولا زجرني
ولكن قال إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس الحديث جعل عدم الكلام فيها من حقها كما جعل
وجود الطهارة فيها من حقها فكما لا تجوز مع عدم الطهارة لا تجوز مع وجود الكلام وهو واضح جدا فإن قيل
لو كان مفسدا لأمر بالإعادة ولم يثبت قلنا استدلال بالنفي وهو باطل سلمناه ولكن العلم بالشرط شرط
ولم يكن فلم يأمره بالإعادة لكونه مسلما لم يهاجر وقوله وما رواه محمول على رفع الإثم جواب عن استدلاله بالحديث
المعروف وتقريره أن حكم الآخرة وهو الإثم مراد بالإجماع فلا يكون حكم الدنيا مرادا وإلا لزم عموم المشترك
والمقتضى وكلاهما باطل على ما عرف في موضعه **وقوله** بخلاف السلام ساهيا جواب عما يقال السلام كالكلام
في أن كل واحد منهما قاطع وفي السلام يفصل بين العمد والنسيان فكذلك الكلام ووجهه أن السلام ليس كالكلام
لأنه من الأذكار إذ المتشهد يسلم على النبي صلى الله عليه وسلم وهو اسم من أسماء الله وإنما أخذ حكم الكلام لأنه
يكافئ الخطاب وإنما يتحقق معنى الخطاب فيه عند القصد فإذا كان ناسيا ألحقناه بالكلام عملا بالشبهين بخلاف
الكلام فإنه ينافي الصلوة على كل حال وكان مبطلا لها لذلك وطولب بالفرق بينه وبين أفعال تنافي الصلوة
فإن القليل منها غير مفسد وأجيب بأن الاحتراز عن قليلها غير ممكن إذ في الحي حركات طبيعية ليست من الصلوة
فلا تفسد حتى تدخل في حيز ما يمكن الاحتراز عنه وهو الكثير وليس في الحي كلام طبيعي لا يمكن الاحتراز عنه
فاستوى القليل والكثير **قال** فإن أن فيها أو تأوه الأنين صوت المتوجع وقيل هو أن يقول آه
والتأوه أن يقول أوه وارتفاع البكاء هو أن يحصل به حروف وكل ذلك إما أن يكون من ذكر الجنة
والنار أو من وجع ومصيبة فإن كان الأول لم يقطعها لأنه يدل على زيادة الخشوع وإن كان الثاني قطعها لأن
فيه إظهار الجزع والمصيبة فكان كل منهما دليلا على أمر والدلالة تعمل عمل الصريح إذا لم يكن هناك صريح

بخلافه

يخالفهما ولو صرح بذكر الجنة والنار فقال اللهم إني أسألك الجنة وأعوذ بك من النار لم يضره ولو صرح بإظهار الوجع
فقال إني مصاب فسدت صلاته فكذا بالدلالة إذ ليس ثم صريح يخالفها وعن أبي يوسف أنه إذا قال آه لم
تفسد في الحالين سواء كان من ذكر الجنة والنار أو من وجع ومصيبة وأوه تفسد وقيل الأصل عنده أن الكلمة
إذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان أو أحدهما لا تفسد وإن كانتا أصليتين تفسد وهذا لأن أقل كلام العرب
ثلثة أحرف لاحتياجه إلى حرف يبتدأ به وحرف يوقف عليه وحرف يفصل بينهما فالحرف الواحد أقل الجملة فلا يطلق
عليه اسم الكلام والحرفان إذا كانت أحدهما من الزوائد لذلك لأنه نظر إلى الأصل على حرف واحد وأما إذا
كانتا أصليتين فقد وجد الأكثر وهو يقوم مقام الكل والحروف الزوائد على معنى أن كل زائد لا بد أن يكون
منها لا عكسه جمعوها في قولهم اليوم تنساه وعلى هذا قوله آه لا تفسد لأنها من الزائد وأوه تفسد لأنه
زائد على حرفين فإنه في الزوائد على حرفين لا ينظر إلى الأصالة والزيادة قال المصنف وهذا لا يقوى لأن كلام
الناس هو المفسد وكلام الناس في متفاهم العرب يتبع وجود الهجاء وإفهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف
كلها زوائد قال في النهاية فإنك إن قلت أنتم اليوم تنسونها فإن هذا مبتدأ وخبر وفعل وفاعل
ومفعول فيه وكلها من حروف الزوائد وهو مفسد بالاتفاق قلت هذا لا يرد عليه لأن كلامه في الحرفين
لا في الزائد عليهما فإن في الزائد عليهما قوله كقولهما وتابعه الشارحون وأقول قول المصنف في حروف
كلها زوائد يجوز أن يكون المراد بالجمع فيه التثنية وحينئذ يكون معنى كلامه كلام الناس في العرف عبارة
عن وجود الهجاء وإفهام المعنى وذلك يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة فيكون من كلام الناس
كغيره فيكون مفسدا وإن تنحنح وحصل به حروف فإما أن يكون لعذر أو لا فإن كان الثاني وهو إن لم يكن مدفوعا
إليه أي لم يكن بحيث لا يستطيع الامتناع عنه ينبغي أن يفسد عندهما قيل إنما قال ينبغي لأن المشايخ اختلفوا
فيما إذا كان التنحنح لإصلاح الصوت للقراءة فقال شيخ الإسلام لا يفسد لأنه يصير بمعنى القراءة معنى كالمشي للبناء
فإنه لكونه لإصلاح الصلوة صار من الصلوة وكذا ذكره شمس الأئمة وقال في المحيط وإن لم يكن مدفوعا
إليه في التنحنح إلا أنه فعل لإصلاح الحلق ليتمكن من القراءة إن ظهر له حروف نحو قوله أح أح وتكلف لذلك كان القاضي
إسمعيل الزاهد يقول تقطع الصلوة عندهما لأنه حروف مهجاة وفيه نظر لأن اختلاف المشايخ لا يستلزم ذلك
ولا وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف المشايخ كذلك وقوله عندهما أيضا فيه نظر لأنه قال وحصل
حروف بلفظ الجمع ومذهبه حينئذ كمذهبهما كما مر فلا وجه لإفرادهما بالذكر فإن حمل الجمع ههنا أيضا على التثنية
اندفع النظر الثاني ويقال في دفع الأول أنه لم يثبت فيه نقل عن الأئمة والقياس يقتضي أن يكون مفسدا فقال
ينبغي وإن كان الأول نوع عفو أي معفو كالعطاس والجشاء فإن ذلك لا يقطع الصلوة وإن حصل به حروف
مهجاة **قال** ومن عطس فقال له يرحمك الله وإذا عطس الرجل فقال آخر يرحمك الله وهو أي القائل
في الصلوة فسدت صلوته لأنه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم وإنما قيد بقوله آخر لأنه إذا قال العاطس
لنفسه لا تفسد صلاته لأنه بمنزلة قوله يرحمني الله وبه لا تفسد صلاته كذا في الفتاوى الظهيرية بخلاف ما إذا قال
العاطس أو السامع الحمد لله فإنه لا تفسد على ما قالوا وفي هذا اللفظ إشارة إلى خلاف البعض وذكر في المحيط رواية
عن أبي حنيفة أن العاطس يحمد في نفسه ولا يحرك لسانه فلو حرك فسدت صلوته ووجه الأول ما ذكره أنه
لم يتعارف جوابا قوله وإن استفتح ففتح عليه الاستفتاح طلب الفتح والاستنصار قال الله تعالى وكانوا
يستفتحون أي يستنصرون ويجوز أن يكون كل واحد منهما ههنا مرادا والاستفتاح أربعة أقسام بحسب القسمة
العقلية وذلك لأن المستفتح والفاتح إما أن لا يكونا في الصلوة وليس مما نحن فيه أو يكونا فيها أو يكون المستفتح
فيها دون الفاتح أو بالعكس من ذلك فإن كانا في الصلوة فإما أن تكون الصلوة متحدة بأن يكون المستفتح إماما
والفاتح مأموما أو لا يكون ففي الثاني فسدت صلوة كل واحد منهما لأنه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس فكان

آخر صح

من قبل صح

في الاصل اذا فتح غير مرة فسدت صلوته وفيه اشارة الى انه ما لم يتكرر لا يفسد قال لانه ليس من اعمال الصلوة
فيعفي القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير التكرار لان الكلام في نفسه قاطع وان قل فيهما وهو الصحيح وفي
الاول لا يكون كلاما استحسانا اما بالاثر وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في الصلوة سورة المؤمنين فترك منها
كلمة فلما فرغ قال الم يكن فيكم ابي بن كعب فقال بلى يا رسول الله فقال عليه السلام هلا فتحت علي فقال ظننت
انها نسخت فقال عليه السلام لو نسخت لانبأتكم واما ما قال في الكتاب من انه مضطر الى اصلاح صلوته فكان
هذا من اعمال صلوته معنى ثم اختلف المشايخ بان المقتدي ينوي الفتح على امامه او قراءة القرآن فمنهم
من قال ينوي بالفتح التلاوة ومنهم من قال ينوي الفتح دون القراءة قال المصنف هو الصحيح اشارة الى ان
الاول ليس بصحيح لان المقتدي مرخص له في الفتح على امامه ممنوع عن القراءة فلا يدع ما رخص له الى ما نهي عنه
وانما هذا اذا اراد ان يفتح على غير امامه فانه ينوي القراءة على ما نذكر ولم يفرق في الكتاب بين ما اذا
قرأ الامام مقدار ما تجوز به الصلوة وبين لم يقرأ وان اختلفوا فيه اختيارا منه للصحيح فانه اذا فتح بعد ما
قرأ ذلك صح ولا تفسد صلوة واحد منهما ولو كان الامام انتقل الى اية اخرى تفسد صلوة الفاتح وصلوة
الامام ايضا ان اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وهذا ايضا قول المشايخ احالة
المصنف ومنهم من يقول لا تفسد وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وينبغي للامام ان لا يلجئهم اليه بان
يردد الاية او يقف ساكتا بل يركع اذا جاء اوانه وانما الحق الاول لان لاختلاف المشايخ فيه فمنهم من اعتبر
الاستحباب فقال ينبغي للامام اذا ارتج ان يتجاوز الى سورة اخرى او يركع اذا كان قرأ المستحب صيانة
للصلوة عن الزوائد ومنهم من اعتبر الفرض فقال يكره للامام ان يتردد ويلجئ القوم الى ان يفتحوا عليه
اذا كان قرأ مقدار ما يتعلق به الجواز وان كان المستفتح خارج الصلوة وفتح عليه الخارج واخذ منه
فسدت صلوته لوجود التلقين والتلقن وان كان بالعكس فان نوى تعليمه فسدت وان نوى قراءة القرآن
لم تفسد واشتراط التكرار ذكر فيه قد مر **قال** ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله
اذا قيل بين يدي المصلي أاله مع الله فقال لا اله الا الله فلا يخلو اما ان اراد جوابه او اعلامه
انه في الصلوة فان كان الاول فسدت صلوته عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تفسد لان هذا الكلام
ثناء بصيغته اي بما وضع له صيغته وكل ما هو كذلك لا يتغير بعزيمة المتكلم كما اذا اراد به اعلامه انه في
الصلوة ولهما انه كلام يحتمل الثناء والجواب فكان كالمشترك والمشترك يجوز تعيين احد مدلوليه بالقصد
والعزيمة كالتشميت فانه لا شك انه ذكر بصيغته ويحتمل الخطاب وقد الحقه النبي صلى الله عليه وسلم
بكلام الناس حين قصد به خطاب العاطس فان قيل روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في جواب
ابن مسعود حين استأذن على الدخول وهو عليه السلام في الصلوة ادخلوها بسلام امنين اراد جوابه ولم تفسد
صلوته قيل اجاب شمس الائمة السرخسي بانه محمول على انه انتهى بالقراءة الى هذا الموضع وقياسه على ارادة
الاعلام فاسد لانه ثابت بالنص على ما نذكر وان قيل بين يدي المصلي مات فلان فقال انا لله وانا اليه
راجعون اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال هو على الخلاف وهذا القائل لا يحتاج الى بيان فارق وهو الصحيح
ومنهم من قال هو على الوفاق وهذا القائل يحتاج الى الفارق يعني ان ابا يوسف وافقهما في ان الاسترجاع
مفسد والفرق له ان الاسترجاع لاظهار المصيبة وما شرعت الصلوة لاجله والتهليل للتوحيد والتعظيم
والصلوة شرعت له وان كان الثاني لم تفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة
فليسبح فان التسبيح للرجال والتصفيق للنساء قوله ومن صلى ركعة من الظهر يعني اذا صلى رجل ركعة من
صلوة الظهر ثم افتتح افتتاحا ثانيا فلا يخلو اما ان يكون الثانية عين الاولى او غيرها فان كان الثاني فقد
نقض الاولى وهي المسألة المذكورة في الكتاب اولا لانه صح شروعه في غيره ومن ضرورته الخروج عن الاولى

فيبطل

فيبطل لا ما كانا فرضين فلا يخلو اما ان يكون المصلي صاحب ترتيب اولا فان كان وقعت الثانية نفلا وان لم
يكن وقعت فرضا وان كان الاول وهي المذكورة في الكتاب ثانيا فقد لغت نيته ونوى المنوي الاول على
حاله لانه نوى تحصيل الحاصل فيكون ما صلى من الاولى محسوبا حتى لو صلى بعدها ثلث ركعات خرج عن العهدة
ولو صلى اربعا على ظن ان الاولى انقضت ولم يقعد في الثالثة فسدت صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة
وذكر في الخلاصة هذا اذا نوى بقلبه اما اذا نوى بلسانه وقال نويت ان اصلي الظهر انتقض ما صلى ولا
يحتسب به **وقوله** واذا قرأ الامام من المصحف قيد الامام اتفاقي لان حكم المنفرد كذلك قيل ولعل
انه قيده بالامام لانه المحتاج الى تطويل القراءة فربما يحتاج الى النظر في المصحف ولم يذكر في الكتاب مقدار
ما يقرأ وهو مختلف فيه فمنهم من يقول اذا قرأ مقدار اية تامة لان ما دونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول
مقدار الفاتحة والظاهر ان القليل والكثير عنده في الافساد وعندهما في عدمه سواء ولهذا اطلقه
في الكتاب لهما انها اي القراءة عبادة وافقت وهو واضح انضافت اي انضمت الى عبادة وهي النظر في
المصحف لقوله صلى الله عليه وسلم اعطوا اعينكم من العبادة حظها قيل وما حظها من العبادة قال النظر في
المصحف والعبادة الى اخرى غير مفسدة فكيف اذا انضمت الى اخرى الا انه يكره لانه يشبه بصنيع اهل
الكتاب ونحن نهينا عن التشبه بهم فيما لنا منه بد ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتمييز حرف عن حرف
وتقليب الاوراق عمل كثير وهو مفسد لا محالة ولانه يلقن من المصحف وهو كالتلقن من غيره في تحصيل ما
ليس بحاصل عنده والتلقن من الغير مفسد لا محالة فكذا من المصحف وعلى هذا اي الوجه الثاني لا فرق
بين الموضوع في مكان والمحمول لان ثمة في التلقن سواء وعلى الاول يفترق قال لانه اخذ فيه الحمل فاذا فات بالوضع
فات بعض الدليل وشمس الائمة السرخسي جعل التعليل بالتلقن واضح **وقوله** ولو نظر الى مكتوب
يعني اذا نظر الى مكتوب ونوى القرآن فانه اذا كان قرآنا فلا خلاف لاحد في جوازه فاما غير القرآن فقد قال
بعض مشايخنا لا تفسد على قول ابي يوسف وتفسد على قول محمد كما لو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه
حتى فهمه ولم يقرأ بلسانه فانه لا يحنث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لان الغرض من القراءة باللسان الفهم
فكان الفهم كالقراءة ولابي يوسف ان القراءة انما تكون باللسان لانه من باب الكلام قال المصنف الصحيح انه
لا تفسد صلوته بالاجماع وليس هذا كمسألة اليمين لان المقصود هناك الفهم واما فساد الصلوة فبالعمل
الكثير ولم يوجد **قال** وان مرت امرأة بين يدي المصلي انما ذكر هذه المسألة وان لم
يصدر من المصلي شيء يوجب فساد صلوته ردا لقول اصحاب الظواهر ان مرور المرأة بين يدي المصلي
تفسد صلوته لقوله صلى الله عليه وسلم تقطع المرأة الصلوة والكلب والحمار ولنا ان عائشة حين
بلغها قالت يا اهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمر والكلاب كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يصلي وانا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا سجد خنست رجلي واذا قام مددتها واعترض بان الكلام
في المرور بين يدي المصلي لا الاعتراض واجيب بان الاعتراض يبدأ وانه اذا لم يكن مفسدا فالمرور اولى
ثم الكلام في هذه المسألة في مواضع اولها هذا وهو مرورها لا يقطعها لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يقطع الصلوة مرور شيء والثاني ان المار اثم لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا
عليه من الوزر لوقف اربعين قال الراوي لا ادري قال اربعين عاما او شهرا او يوما وقيل صح من حديث
ابي هريرة ان المراد اربعين سنة الثالث ان مقدار موضع يكره المرور فيه هو موضع السجود على ما قيل
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام وقاضي خان وقال فخر الاسلام اذا صلى راميا ببصره
الى موضع سجوده ولم يقع عليه بصره لا يكره ومنهم من يقدر بمقدار صفين او ثلثة ومنهم من قدر بثلثة
اذرع ومنهم من قدر بخمسة ومنهم باربعين هذا اذا كان في الصحراء اما اذا كان في المسجد فقيل لا ينبغي

لاحد ان يمر بينه وبين تلك المقدار وقيل بقدر ما وراء خمسين ذراعا وقيل لا يكون بينهما اي بين المصلي والمار حائل كالنطر
أو جدار أما اذا كان فلا بأس بمرور وتحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر
قامة الرجل كان سترة فلا بأس بالمرور وبين هذين القيدين اعني قيد عدم الحائل وقيد المحاذاة وبين قوله اذا مر في
موضع سجوده منافاة لان الجدار والاسطوانة لا يتصور ان يكون بينه وبين موضع سجوده وكذلك صلى على الدكان
لا يتصور المرور في موضع سجوده ولعل معنى قوله في موضع سجوده فلم يقع عليه بصره لا يكره وهذا لا منافاة فيه
فلهذا قال فخر الاسلام انه حسن لكونه مطردا فانه ما اختار شيئا الا وهو مطرد في الصور كلها قوله الامام
الذي حاز قصبات السبق في ميدان التحقيق جزاه الله عن المخلصين خيرا والرابع ان يأخذ سترة اذا صلى في
الصحراء لقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة والخامس في مقدارها وذلك
ان يكون ذراعا فصاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة بضم
الميم وكسر الخاء لغة في آخرته وهي الخشبة الغليظة التي تحاذي مقدار ذراع **وقوله** ينبغي بيان غلظه روي
عن ابن مسعود انه قال يجزي من السترة السهم والسادس ان يقرب من السترة لقوله صلى الله عليه وسلم
من صلى الى سترة فليدن منها والسابع ان يجعل السترة على حاجبه الايمن او الايسر لان الاثر ورد به روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما صلى الى شجر ولا الى عمود الا جعله على حاجبه الايمن ولم يصمد صمدا اي
لم يقصد قصدا الى المواجهة والثامن ان سترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة
الى عنزة ولم يكن للقوم سترة اي عصا ذات زج الزج الحديدة في اسفل الرمح وهو بالتنوين لانه اسم جنس نكرة
وقال في الكافي ان اريد بها عنزة النبي صلى الله عليه وسلم كان غير منصرف للعلمية والتانيث فيكون منصوبا
والتاسع ان المعتبر هو الغرز لا الالقاء والخط قيل هذا اذا كانت الارض رخوة اما اذا كانت صلبة لا يمكنه
الغرز فانه يضع طولا ليكون على هيئة الغرز فان لم يكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتاخرين يخط خطا
طولا وهو قول الشافعي ولم يعتبره المصنف لان المقصود وهو الحيلولة بينه وبين المار لا يحصل به فكان
وجوده كعدمه وهو المروي عن ابي حنيفة ومحمد وروى هشام عن ابي يوسف انه كان يطرح سوطه بين يديه
ويصلي فان قيل لو وضع الخط قد روينا كالغرز فما وجه المنع اجيب بان ذلك لم يصح عند ائمة الحديث ولم
يذكر ان ترك السترة لا بأس به اذا أمن المرور لما ان اتخاذ السترة للحجاب عن المار ولا حاجة بها عند عدم المار
روي عن محمد انه تركه في طريق الحجاز غير مرة والعاشر ان الدرء اذا لم يكن بينه وبين يديه سترة او مر بينه
وبين السترة لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا ما استطعتم ويدرأ اي يدفع بالاشارة كما فعل النبي صلى الله
عليه وسلم بولدي ام سلمة حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر ليمر بين يديه فاشار اليه ان قف فوقف
ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه فاشار اليها فلم تقف فمرت فلما فرغ من صلوته قال هن ناقصات
العقل ناقصات الدين صواحب يوسف كصواحب كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام او يدفع بالتسبيح
رويناه من قبل وهو قوله عليه السلام اذا نابت احدكم في الصلوة نائبة فليسبح وهذه نائبة في الصلوة
فليسبح ويكره الجمع بينهما اي بين الاشارة والتسبيح لان باحدهما كفاية وهذا في حق الرجال واما النساء
فيصفقن بضرب ظهور اصابع اليد اليمنى على صفحة الكف من اليسرى لما مر ان لهن التصفيق لان في صوتهن
فتنة فلا يستحب لهن التسبيح

فصل

فيما يكره للمصلي عقيب ما يفسد صلوته
واخر ذكر القول المفسد ويكره للمصلي ان يعبث قال بدر الدين الكردري العبث الفعل الذي فيه
غرض لكنه ليس بشرعي والسفه ما لا غرض فيه اصلا وقال حميد الدين العبث كل عمل ليس فيه غرض صحيح
ولا نزاع في الاصطلاح ولما كان العبث بالثوب او الجسد اكثر وقوعا قدمه ولا معتبر بما قيل انما قدمه
لانه كلي يشمل ما بعده لان العبث بالثوب لا يشمل ما بعده ما يقلب الحصا وغيره لقوله عليه السلام ان

الله تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلوة والباقيان هو الرفث في الصوم والضحك في المقابر
وقوله لان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة قيل نقل على هذا كان القهقهة ينبغي ان تفسد الصلو
وهو ساقط لان افساد القهقهة لفساد الوضوء وليس في العبث كذلك وقوله ولا يقلب الحصا ظاهر قيل وحاصله
ان كل عمل يفيد المصلي لا بأس به لما روي انه صلى الله عليه وسلم عرق في صلوته ليلة فسلت العرق عن جبينه
اي مسحه لانه كان يؤذيه فكان مفيدا واذا قام من سجوده في الصيف نفض ثوبه يمنة ويسرة كيلا يبقى صورة
وقوله ولا يفرقع اصابعه الفرقعة تنقيض الاصابع بالغمز والمد حتى تصوت وقوله لانه عليه السلام
نهى عن الاختصار روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الاختصار في الصلوة وقوله ولا يلتفت
ظاهر **وقوله** هو الصحيح احتراز عن التفسير الاخر للاقعاء وهو ان ينصب قدميه كما يفعل في
السجود ويضع اليتيه على عقبيه لان الكلب لا يقعي كذلك وانما يقعي مثل ما ذكر في الكتاب الا انه
ينصب يديه والادمي ينصب ركبتيه الى صدره وقوله ولا يرد السلام ظاهر وقوله فان اكل او شرب
عامدا او ناسيا فسدت صلوته فرضا كانت او نفلا وعن سعيد بن جبير انه شرب وعن طاوس يجوز شربه
في النفل وهو رواية عن احمد وقوله لانه اي لان كل واحد من الاكل والشرب عمل كثير لا محالة وهو مفسد
وقوله وحالة الصلوة مذكرة بخلاف حالة الصوم فان اكل ما بين اسنانه فمنهم من يقول اذا كان
ما دون ملء الفم لا يفسد ومنهم من يقول اذا كان قليلا ما دون الحمصة لا يفسد كما في الصوم وان
كان اكثر من ذلك فسدت **قال** ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد شرع من ههنا
في مسائل الجامع الصغير والطاق هو المحراب والمذكور في الكتاب في وجه الكراهة احد الطريقين
والطريق الاخر وهو المروي عن الفقيه ابي جعفر ان حاله مشتبه على من عن يمينه ويساره على حالة فلا
هذا اذا كان بجنبي الطاق عمودان ووراء ذلك فرجة يطلع فيها من عن يمينه ويساره على حاله فلا
بأس به والمراد بالمقام المذكور في الكتاب مكان الاقدام فاذا كانت قدماه خارجتين فلا بأس به
وانما اختار المصنف الوجه الاول لانه مطرد بخلاف الثاني فانه اذا امكن الاطلاع على حاله
بالفرجة على ما ذكرنا لم يطرد فيه وانما قيد قوله ان يكون الامام بقوله وحده اشارة الى انه لو كان معه
بعض القوم لم يكره وانما قال على الدكان في ظاهر الرواية احترازا عما ذكر الطحاوي انه لا يكره لزوال
المعنى الاول وهو التشبه بصنيع اهل الكتاب فانهم لا يفعلون ذلك ولم يذكر في الكتاب مقدار
ارتفاع الدكان وذكر الطحاوي انه مقدر بقامة الرجل وهو مروي عن ابي يوسف وقيل مقدر بمقدار
ما يقع به الامتياز وقيل بذراع اعتبارا بالسترة وعليه الاعتماد هذا اذا لم يكن عذر واما
اذا كان كما في الجمعة يقوم الناس على الرفوف والامام على الارض في الجامع لضيق المكان فلا يكره
وقوله ولا بأس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث ظاهر انما المكروه ان يصلي الى غيره لما روي ان عمر
رأى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما بالدرة وقال اتستقبل الصورة في صلوتك وقال للقاعد استقبل
المصلي بوجهك تعلم ان ذلك مكروه ويعلم من قوله الى ظهر رجل يتحدث انه لا بأس بان يصلي وبقربه
قوم يتحدثون ومن الناس من كره ذلك لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يصلي الرجل
عند قوم يتحدثون او نايمون وتأويله عندنا اذا ارتفع اصواتهم على وجه يخاف وقوع الغلط في
الصلوة او يخاف ان يظهر صوت من النايمين فيضحك في صلوته فان لم يكن كذلك فلا بأس به والدليل
على انه لا يكره عند الامن عن ذلك ما روي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يصلون
وبعضهم يقرؤن وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يتذاكرون المواعظ ولم يمنعهم عن ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم **وقوله** ولا بأس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق انما اورد

هذه المسألة لان من العلماء من ذكره ذلك فقال السقف اله المراد وفي الحديث بان يشد بد فلا يليق نقد يمه في مقام التضرع وقيل هو قول ابن عمر وفي استقبال المصحف تشبه باهل الكتاب فانهم يفعلون ذلك بكتبهم وقيل هو قول ابرهيم النخعي وما ذكره في الكتاب من الدليل ظاهر وقوله ولا باس بان يصلي على بساط فيه تصاوير التصاوير ما يصور مشبها بخلق الله تعالى اعم من ان يكون من ذوات الروح او لا وقوله واطلق الكراهة في الاصل اي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة بين ان يسجد على الصورة او لا يسجد والمذكور في الجامع الصغير انه اذا كان في موضع سجوده يكره لما فيه من التعظيم له واذا كان في موضع جلوسه وقيامه لا يكره لما فيه من الاهانة ووجه ما في الاصل ما ذكر ان المصلى معظم بلفظ المفعول فيهما ومعناه ان البساط الذي اعد للصلوة يعظم من بين سائر البسط فاذا كان فيه كان نوع تعظيم لها ونحن امرنا باهانتها فلا ينبغي ان يكون في المصلى مطلقا سجد عليها او لم يسجد وقوله لحديث جبريل روي ان جبريل استاذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ادخل فقال كيف ادخل بيتا عليه ستر فيه تماثيل حيوان او رجال اما ان يقطع رأسها او يجعل بساطا توطأ انا معاشر الملائكة لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة وقوله لان الصغار جدا لا يبقى روي انه كان على خاتم ابي موسى ذبابتان وكان لابن عباس كانون محفوف بصور صغار وقوله واذا كان التمثال مقطوع الرأس يحوي انما فرق بهذا اشارة الى انه لو قطع رأسه بخيط من الحلقوم كانت الكراهة باقية لان من الطير ما هو مطوق رأسه بحيث لا يرى لا يكره لما ذكر انه لا يعبد بلا رأس وكان كالجمادات فصار كالصلوة الى شمع او سراج في انهما لا يعبدان وانما قال على ما قالوا اشارة الى ان بعضهم قال يكره ذلك كما لو كان بين يديه كانون فيه جمر او نار موقدة والصحيح ما قال لما ذكر انهما لا يعبدان **وقوله** ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة ويحكى عن الحسن البصري وعطاء انهما دخلا بيتا فيه بساط عليه تصاوير فقعد عطاء وجلس الحسن وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها واشدها اي اشد الصور كراهة يشير الى ان الكراهة متفاوتة بالتشكيك يختلف احادها بالشدة والضعف وقيل اذا كانت خلف المصلي لا يكره الصلوة ولكنه يكره كونه في البيت لان تنزيه مكان الصلوة عما يمنع دخول الملائكة مستحب وقوله وتعاد على وجه غير مكروه اي تعاد الصلوة للاحتياط على وجه ليس فيه كراهة وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة كما اذا ترك واجبا من واجبات الصلوة وقوله ولا يكره تمثال غير ذي الروح لما روي عن ابن عباس انه نهى مصورا عن التصوير فقال كيف اصنع وهو كسبي قال ان لم يكن لك بد فعليك بتمثال الاشجار وفي هذا اشارة الى ان التمثال والصورة واحد ومنهم من قال التمثال ما تصور على الجدار والصورة ما على الثوب وليس بواضح وقوله ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لم يفرق بين ما اذا لم يمكنه القتل بضربة واحدة وبين ما اذا احتاج الى ضربات وهو اختيار شمس الائمة السرخسي لان قوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة لم يفصل ومنهم من قال ان امكنه القتل بضربة فعل وان ضرب ضربات استقبل الصلوة لانه عمل كثير والجواب انه عمل رخص فيه للمصلي فهو كالمشي بعد الحدث والاستقاء من البئر والتوضي وفي كلام المصنف ما ينبو عن هذا لانه قال ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار فانه يشير الى انه ليس كالمشي بعد الحدث وغيره لان ذلك لاصلاح الصلوة دون هذا وقوله ويستوي جميع انواع الحيات يعني التي تمشي خفية وغيرها وقوله وهو الصحيح احتراز عن قول الفقيه ابي جعفر ان الحيات منها من سواكن البيوت وهي جنية ومنها ما لا يكون منها والاولى هي التي تكون صورتها بيضا لها ضفيرتان تمشي مستوية وقتلها لا يباح لقوله صلى الله عليه وسلم اياكم والحية البيضا فانها من الجن من غير فصل بين الصلوات وغيرها فلا تقتل في غيرها ايضا الا بعد الاعذار والانذار بقال اخرج بطريق المسلمين فان ابى قتل وهي الثانية هي التي تمشي ملتوية الى السواد ومن مشيها التواء وقال الطحاوي في الفرق بينهما فاسد لان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ على الجن العهود

والمواثيق

والمواثيق بان لا يظهروا لامته في صورة الحية ولا يدخلوا بيوتهم فاذا نقضوا العهود يباح قتلها وهو مختار شمس الائمة والمصنف لاطلاق ما روينا وقوله ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلوة اطلق الصلوة اشارة الى ان العد مكروه في الفرائض والنوافل جميعا وكذا عد السور باتفاق اصحابنا في ظاهر الرواية لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وروي عن ابي يوسف ومحمد في غير ظاهر الرواية ان العد باليد لا باس به وقيد باليد لان الغمز برؤس الاصابع والحفظ بالقلب غير مكروه بالاتفاق واحترز عن العد باللسان فانه يفسد الصلوة وقيد بالصلوة احترازا عن خارج الصلوة لما ذكر فخر الاسلام ان عد التسبيح في غير الصلوة بدعة وكان السلف يقول نذنب ولا نحصي ونسبح ونحصي وقيد بالتسبيح والآي احترازا عن الناس وغيرهم فانه يكره بلا خلاف وكلام المصنف يدل على ان الخلاف بينهم في الفرائض والنوافل جميعا وقيل الخلاف في المكتوبة انه يكره واما النوافل فلا خلاف انه لا يكره وقيل الخلاف في النوافل ولا خلاف في المكتوبة انه يكره لهما ان المصلي قد يحتاج الى ذلك عملا بما هو السنة وهو ان يقرأ اربعين اية وستين اية في الفرائض وعملا بما جاءت به السنة في صلوة التسبيح في تسبيحها عشرا عشرا فلا باس بالعد حينئذ ولابي حنيفة انه يمكنه ان يفعل ذلك قبل الشروع في الصلوة واما في صلوة التسبيح فلا ضرورة ايضا الى العد باليد لانه يحصل بالغمز برؤس الاصابع فيستغني عن العد بيده

فصل

لما فرغ من بيان الكراهة في الصلوة شرع في بيانها خارج الصلوة والخلاء بالمد بيت التغوط والمقصود البيت ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك رواه سلمان وانما قيد بالخلاء والدكان في البول كذلك لما فيه خلاف الشافعي لانه يقول انما يكره اذا كان في الفضاء فاما في الابنية فلا وفي الاستدبار عن ابي حنيفة روايتان فعلى احدى الروايتين فرق بين الاستقبال والاستدبار بما ذكر في الاستدبار في الكتاب من قوله لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازيها وما ينحط منه ينحط اليها فان قيل كيف تعارض هذا ما جاء في حديث ابن عمر وابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم لا تستقبلوا الغائط او بول ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا اجيب بانه محمول على ان المراد به اهل المدينة لانهم اذا استدبروا صاروا متوجهين الى بيت المقدس فكان مكروها تعظيما لبيت المقدس او على انه يكون رافعا ذيله عند التغوط وقوله ويكره المجامعة فوق المسجد واضح **وقوله** لانه لم يأخذ حكم المسجد يعني لعدم الخلوص حتى يباع ويورث وان ندبنا اليه اي الى اتخاذ المسجد في البيت فانه يجب لكل انسان ان يعد في بيته للصلوة مكانا يصلي فيه النوافل والسنن قال الله تعالى في قصة موسى عليه السلام واجعلوا بيوتكم قبلة وقال عليه السلام لا تتخذوا بيوتكم قبورا وهو عبارة عن ترك الصلوة في البيت وقوله لانه اي الغلق يشبه المنع من الصلوة وهو حرام قال الله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وقيل لا باس ان يغلق باب المسجد اذا خيف على متاعه في غير اوان الصلوة لاختلاف احوال الناس بحسب اختلاف الزمان الا ترى ان النساء كن يحضرن الجماعات ثم منعن من ذلك وكان المنع صوابا فكذلك اغلاق باب المسجد في زماننا والتدبير فيه الى اهل المحلة فانهم اذا اجتمعوا على رجل وجعلوه متوليا بغير امر القاضي يكون متوليا **وقوله** ولا باس بان ينقش المسجد بالجص انما ذكر هذه المسألة بهذه العبارة لاختلاف الناس فيها فمنهم من كره ذلك لان عليا قال حين مر بمسجد مزخرف لمن هذه البيعة وانما قال ذلك لكراهة هذا الصنيع في المساجد وعندنا لا باس بذلك لان عمر زاد في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزينه في خلافته ولان في تزيينه ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المساجد لانتظار الصلوة وذلك لا محالة حسن وقال شمس الائمة السرخسي في قوله لا باس اشارة الى انه لا يؤجر عليه ولا يأثم وقيل هو قربة لان الله تعالى حثنا على عمارة المسجد بقوله انما

يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر والكعبة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالديباج والحرير وقوله وهذا اشارة الى ما سبق يعني انما يكون لا بأس به اذا فعل ذلك من ماله لنفسه اما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء كالتجصيص دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل ذلك ضمن والله اعلم

باب

لما فرغ من بيان المفروضات وما يتعلق بها من بيان اوقاتها وكيفية ادائها والاداء الكامل والقاصر شرع في بيان صلاة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلاة الوتر والدليل على انه قصد هذه المناسبة ايراد النوافل بعدها ليكون الواجب بين الفرض والنفل كما هو حقه الوتر عند ابي حنيفة واجب قيل كثرت في الوتر روايته منصوص عليها في الظاهر ولكن روى يوسف بن خالد السمتي عن ابي حنيفة انها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن ابي مريم عنه انها سنة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد والشافعي وروى حماد بن زيد عنه انها فريضة وبه اخذ زفر فالواظهر انا اذا انها سنة فيها حيث لا يكفر جاحدها ولا يؤذن لها فيكون واجبا كصلاة العيد واجيب بانا لا نسلم ان صلاة العيد ليس لها اذان بل قولهم الصلاة جامعة اذان لها وفيه نظر ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي الوتر رواه ابو نصر البغدادي ووجه الاستدلال من اوجه احدها انه اضاف الزيادة الى الله والسنن انما تضاف لرسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه قال زادكم والزيادة انما تتحقق في الواجبات لانها محصورة بعدد لا في النوافل لانه لا نهاية لها والثالث ان الزيادة على الشيء انما تتحقق اذا كان من جنس المزيد عليه لا يقال زاد في ثمنه اذا وهب هبة مبتداة ولا يقال زاد على الهبة اذا باع والمزيد عليه فرض فكذا الزائد الا ان الدليل غير قطعي فصار واجبا والرابع الامر فانه للوجوب قوله ولهذا اي ولكونه واجبا وجب القضاء بالاجماع فان السنن لا يجب قضاؤها بالاجماع قيل المراد بالاجماع اجماع اصحابنا على ظاهر الرواية فانه نقل عن ابي يوسف انه لا يقضى خارج الوقت وعن محمد انه قال احب الي ان يقضى وقيل المراد بالاجماع اجماع السلف لكنه لم يثبت الا بطريق الاحاد **قوله** وانما لم يكفر جواب عن قولهما حيث لا يكفر جاحدها ووجهه ان الجاحد انما يكفر اذا كان الدليل قطعيا وههنا ليس كذلك لان وجوبه ثبت بالسنة يعني غير المتواتر والمشهور وكلامه يشير الى ان وجوبه لو ثبت بالسنة كفر جاحده وفيه نظر لانه حينئذ كان فرضا لا واجبا وفي الجملة كلامه في هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والكلام في كونه وقوله اي كون وجوبه ثبت بالسنة هو المعنى بما روي عنه انه سنة **وقوله** وهو يؤدي في وقت العشاء فاكتفى باذانه اي اذان العشاء واقامته جواب عن قولهما ولا يؤذن له وقد علمت ما ورد عليه والله اعلم

قال والوتر ثلاث ركعات الوتر عندنا ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام وقال الشافعي في قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك لقوله عليه السلام ان الله يحب الوتر ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر بثلث وحكى الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلث وهو مذهب ابي بكر وعمر والعبادلة وابي هريرة ان عمر راى سعدا يوتر بركعة فقال ما هذه البتيراء لتشفعنها او لاؤدبنك وانما قال ذلك لان الاثر اشتهر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء قيل فلا حجة له فيما روى لان الله تعالى وتر لا من حيث العدد فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احب ان يوتر بخمس فليفعل ومن احب ان يوتر بواحدة فليفعل وروي انه اوتر بسبع وتسع واحدى عشرة فما وجه ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ذلك قبل استقرار الوتر او يحمل على انه يتنفل بالركعتين ويوتر بالثلث وكذا غيره ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي في قوله الذي يوافقه على الثلث يقنت فيها بعد الركوع لما روي انه عليه السلام قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي ان ابن مسعود بعث امه لتراقب وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت انه اوتر بثلث ركعات قرأ في الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية قل

يا ايها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله احد وقنت قبل الركوع وهكذا ذكر ابن عباس والحوار عمار وروي انه قنت في آخر الوتر ان ما زاد على نصفه الذي هو آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي فانه يقول يقنت في النصف الاخير من رمضان لا غير لما روي ان عمر امر ابي بن كعب بالامامة في ليالي رمضان وامره بالقنوت في النصف الاخير منه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل وما تأولوه روي عن عمر ان المراد بالقنوت طول القراءة في الصلاة ولئن سلم ان المراد به القنوت المتنازع فيه فذلك اثر الصحابي والشافعي لا يرى الاحتجاج به لا يقال انما احتج به لانه اجماع يعني فان ابيا كان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فكان محل الاجماع لان خلاف ابن عمر قد ثبت حيث قال لا اعرف القنوت الا طول القيام ومع خلافه لا ينعقد الاجماع ويقرأ في كل ركعة من الوتر بالاجماع اما عند من يقول بكونه سنة فلان القراءة واجبة في جميع ركعات النفل واما عند ابي حنيفة فلان وجوبه لما كان بالسنة وجب القراءة في الجميع احتياطا لانها لا تفيد القطع واستدلال المصنف بقوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر انما هو على وجوب مطلق القراءة واما على تعيين الفاتحة وضم السورة اليها فلا دلالة للآية على ذلك نعم ما روينا من حديث ابن مسعود دليل على ذلك واما انه لا تعين سورة بعينها يقرأها على الدوام فقد تقدم الكلام فيه ولو اراد التبرك بما ورد من حديث ابن مسعود في بعض الاوقات كان حسنا واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت من حقيقة القراءة الى شبهها والتكبيرات شرعت عند اختلاف الحالات كالقيام والركوع والسجود قيل التكبير مشروع في احلالها انها لا كالخفض والرفع لا قوالا لا ترى انه لا يكبر عند الانتقال من الاستفتاح الى القراءة وان اختلف الحال من الثنا الى القراءة واجيب بانه ثبت رفع اليد في هذه الحالة بقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن ورفعها بغير تكبير غير مشروع في الصلوة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين فكان التكبير ثابتا به وهو من باب الاستحسان بالاثر لان القياس يقتضي خلافه لان مبنى الصلوة على السكينة والوقار وقد ذكرنا المواطن السبعة في صفة الصلوة وانما قال في سبع وان كان المواطن مذكرا على تأويل البقاع والمراد نفي رفع الايدي على سبيل الحصر ان لا ترفع على وجه سنة الهدى الا في سبع مواطن لا نفيه مطلقا لان رفعها عند الدعاء مستحب وعليه المسلمون في عامة البلدان وليس في القنوت دعاء معين سوى قوله اللهم انا نستعينك فان الصحابة اتفقوا على هذا في القنوت والاولى ان يأتي بعده بما علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي في قنوته اللهم اهدني فيمن هديت الى آخره ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي قال ابو نصر البغدادي القنوت في الفجر سنة عند الشافعي وفي غيرها ان حدثت حادثة وان لم تحدث فله قولان واستدل بحديث انس كان النبي صلى الله عليه وسلم يقنت في صلوة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا ما روى ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قنت في صلوة الفجر شهرا يدعو على حي من احياء العرب وهكذا روي عن انس قال قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلوة الفجر شهرا او قال اربعين يوما يدعو على رعل وذكوان وعصية حين قتلوا القراء وهم سبعون رجلا او ثمانون وقيل فلما نزل قوله تعالى ليس لك من الامر شيء او يتوب عليهم ترك ذلك فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يتابعه لان الاصل المتابعة والقنوت مجتهد فيه فلا يترك الاصل بالشك ولهما انه منسوخ لما روينا انه عليه السلام قنت شهرا ثم تركه ولا متابعة في المنسوخ واذا لم يتابعه ماذا يفعل قال بعضهم يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي الا ترى ان المقتدي يأتي بالقراءة مع شركة الامام لا يقال كيف يقعد تحقيقا للمخالفة وهي مفسدة للصلوة لان المخالفة فيما هو من الاركان او الشرائط مفسدة لا في غيرها ولا يقال الساكت اذا كان شريك الداعي ينبغي ان لا يقعد لان السكوت

انما يكون دليل الشركة اذا لم توجد المخالفة وقد وجدت لانه قاعد والامام قائم قال المصنف والاول اظهر لان فعل الامام يشتمل على مشروع وغيره فما كان مشروعا يتبعه فيه وما كان غير مشروع لا يتبعه قال بعضهم يسلم قبل الامام لان الامام اشتغل بالبدعة فلا معنى لانتظاره ولم يذكر المصنف لانه محاله ظاهر للامام فيما هو مشروع وهو السلام وذكر المسئلة على جواز الاقتدا بالشفعوية يعني ان هذه المسئلة تدل على شيئين احدهما ان اقتدا حنفي المذهب بشافعي المذهب جائز والثاني ان المقتدي يتابع امامه في قراءة القنوت في الوتر وذلك لان الخلاف في المتابعة في قنوت الفجر مع اتفاقهم الاتباع في الخطا اجماع على المتابعة في الدعاء المسنون لان قنوت الوتر صوات بعض وقال ابو اليسر الاقتدا بشافعي المذهب غير جائز من غير ان يطعن في دينهم لما روى مكحول النسفي في كتاب سماه كتاب الشعاع عن ابي حنيفة ان من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع بدعة اليدين لا تمنع صحة الاقتدا في الابتدا الجواز صلاة الامام اذ ذاك ثم قوله بالشفعوية خطأ من جهة اللغة لان النسبة الى الشافعي شافعي على حذف ياء النسبة من المنسوب اليه وقوله واذا علم المقتدي ما يزعم به فساد صلوته يعني ان الاقتدا به انما يصح اذا احتاط في مواضع الخلاف بان يتوضأ في الخارج النجس من غير السبيلين وبان لا ينحرف عن القبلة انحرافا فاحشا وان لا يكون شاكا في ايمانه وان لا يتوضأ في الماء الراكد القليل وان يغسل ثوبه من المني اذا كان رطبا او يفرك اليابس منه وان لا يقطع الوتر ويراعي الترتيب في الفوائت وان يمسح ربع رأسه فان علم منه شيئا من هذه الاشياء لا يصح الاقتدا وان لم يعلم جاز ويكره هذا حكم الفساد الراجع الى زعم المقتدي ولم يذكر حكم الفساد الراجع الى زعم الامام وقد اختلف مشايخنا في ذلك فقال الهندواني وجماعة ان المقتدي ان رأى امامه مس امرأة ولم يتوضأ لا يصح الاقتدا به وذكر التمرتاشي ان اكثر مشايخنا جوزوه قال صاحب النهاية وقول الهندواني اقيس لما ان زعم الامام ان صلوته ليست بصلوة وكان الاقتدا حينئذ بناء الموجود في زعم الامام وهو الاصل فلا يصح الاقتدا والمختار في القنوت الاخفاء مطلقا سواء كان القانت اماما او مقتديا او منفردا لانه دعاء وخير الدعاء الخفي ومنهم من يقول يجهر بالقنوت لان له شبهة القرآن فان الصحابة اختلفوا في اللهم انا نستعينك انه من القرآن او لا

فصل

لما فرغ من بيان الفرض والواجب شرع في بيان السنن والنوافل وترجم الباب بالنوافل لكونها اعم واتمه وقدم السنن على النوافل وهو [illegible] وابتدا بذكر سنة الفجر لكونها اقوى قال صلى الله عليه وسلم صلوها ولو طردتكم الخيل اوليائكم كذا المواقيت فانه قد تقدم ذكر وقت الفجر على غيره وفي المبسوط قدم ذكر سنة الظهر لان السنة تبع للفرض واول صلوة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم صلوة الظهر ثم اختلف بعد سنة الفجر في الاقوى قال الحلواني سنة المغرب لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يدعها في سفر ولا حضر ثم التي بعد الظهر لكونها متفقا عليها والتي قبلها مختلف فيها ثم التي بعد العشا ثم التي قبل الظهر ثم التي قبل العصر ثم التي قبل العشا وقيل التي قبل الظهر اكد من غيرها بعد سنة الفجر قيل وهو الاصح لان فيها وعيدا معروفا قال عليه السلام من ترك اربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقال الحلواني الافضل في السنن المنزل الا التراويح لان فيها اجماع الصحابة وقيل الصحيح ان الكل سواء ولا يخص الفضيلة بوجه دون وجه ولكن الافضل ما يكون ابعد من الريا واجمع للاخلاص ثم ما ذكر في الكتاب واضح وقوله والاصل فيه اي في هذا العدد المذكور قوله عليه السلام من ثابر والمثابرة المواظبة فان السنة ما واظب عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع ترك وقد [illegible] النبي صلى الله عليه وسلم ما ذكر في الكتاب يعني المبسوط او مختصر القدوري قوله غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر بيان ما هو المذكور في حديث ما هو المتابع فان المذكور في الكتاب زائد على ثنتي عشرة وقوله فلذلك سماه اي الاربع قبل العصر محمد بن الحسن في الاصل حسنا وخير بقوله وان شاء ركعتين لاختلاف الاثار لان ابن عمر قال

قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رحم الله امرءا صلى قبل العصر اربعا وعليا قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي قبل العصر ركعتين قوله والافضل هو الاربع لانه اكثر عددا وادوم تحريمة فكان اكثر ثوابا وقوله ولم يذكر اي النبي صلى الله عليه وسلم الاربع قبل العشا ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وفي كلامه تسامح لانه قال ولهذا اي ولانه لم يذكر اي من النبي صلى الله عليه وسلم الاربع قبل العشا ولهذا كان مستحبا لعدم قوله لعدم المواظبة علة اخرى لكونه مستحبا وهو غير صحيح ويجوز ان يقال انما لم يذكر في حديث المثابرة لعدم المواظبة وذكر فيه اي في حديث المثابرة ركعتين بعد العشا وفي غيره اي في غير حديث المثابرة وهو ما روي عن ابن عباس وعمر مرفوعا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم من صلى بعد العشاء اربع ركعات كن كمثلهن من ليلة القدر ذكر الاربع فلهذا اي فللاختلاف في الفاظ الحديث بين الاربع والركعتين خير محمد بن الحسن او القدوري بقوله اربع بعدها وان شاء ركعتين وقوله الا ان الاربع افضل خصوصا اشارة الى ما قال بعض مشايخنا ان ما ذكر في الكتاب بقوله ان يصلي ركعتين بعد العشا قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالافضل ان يصلي اربعا وجعل هذه فرعا لمسئلة اخرى وهي ان صلوة الليل مثنى مثنى افضل او اربع بتسليمة واحدة عنده الاربع افضل وعندهما مثنى مثنى وهي تجيء لان محمدا جعله بمنزلة صلوة الليل ولم يعلم من السنن المؤكدة لانه قال ان فعل حسن والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا فعل النبي صلى الله عليه وسلم روى ابو ايوب الانصاري ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد الزوال اربع ركعات فقلت ما هذه الصلوة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح فيها ابواب السماء واحب ان يصعد لي عمل وانا صائم فقلت افي كلهن قراءة قال نعم فقلت التسليمة او بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة وقال الشافعي يؤديها بتسليمتين وهو افضل واحتج بما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل مثنى مثنى والجواب عن الاول ان معنى قوله بتسليمتين اي بتشهدين من باب ذكر الحال وارادة المحل وقد روي هذا التأويل عن ابن مسعود وعن الثاني بان المشهور وصلوة الليل مثنى مثنى والنهار [illegible] ولئن ثبت فمعناه واحد لا شفع لا واحد فقال الليل

قال ونوافل النهار

• اختلف العلماء في كمية النفل ليلا ونهارا بحسب الاباحة والافضلية فاما الافضلية بحسب النهار فهي ان يصلي ركعتين بتسليمة او اربعا ويكره الزيادة على ذلك واما في الليل فان يصلي ثمان ركعات بتسليمة ويكره الزيادة على ذلك قال في النهاية لا فائدة في تخصيصه ابا حنيفة بهذا الحكم لان كلا الحكمين الجواز في نافلة الليل الى ثمان لغير كراهة والكراهة فيما وراءها اتفاق في عامة روايات الكتب وقلت يجوز ان يكون ذكر ابي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي فانه يقول لا يزيد على اربع ولو زاد كره له ذلك وقوله وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة يفهم منه انه لا يزيد على ذلك من حيث الاباحة وليس كذلك بل لا يزيد عليهما من حيث الافضلية لان الزيادة عليهما ليست بمكروهة بالاتفاق في الليل على ما ذكرنا في الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل وانما ذكر الست ودليل الكراهة ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز وهذا اختيار فخر الاسلام وقال شمس الائمة الاصح انه لا يكره الزيادة على ثمان ركعات لانه روي انه عليه السلام صلى ثلث عشرة ركعة فيكون ثمان صلوة الليل وثلث وترا وركعتان سنة الفجر وكان يصلي هذا كله في الابتدا ثم فصل البعض على البعض وفيه نظر لان كلامنا فيما يكره بتسليمة واحدة وليس فيما ذكر ما يدل على ذلك واما الافضلية فما ذكر ان الافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى والتكرار للتأكيد لان معنى مثنى مثنى اثنين اثنين وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي مثنى مثنى فيهما وعند ابي حنيفة اربع اربع فيهما وللشافعي قوله عليه السلام صلوة النهار مثنى مثنى وكلامه ظاهر وقوله والتراويح تؤدى بجماعة

جواب عن اعتبارها بالتراويح فانه يراعى فيها جهة التيسير بالقطع بالتسليم على راس الركعتين لانه لما كان ادوم
تحريمة كان اشق على الناس وقوله ومعنى ما رواه متنفلا جواب عن حديث الشافعي وقد ذكرناه والله تعالى اعلم

فصل

لما فرغ من بيان الصلوات المفروضات والواجبات والنوافل على
الترتيب شرع في بيان القراءة التي يختلف وجوبها بحسب اختلاف هذه الصلوات واعلم ان مسئلة القراءة في
الفرائض اربعة مختلفة بعد ما هي فرض في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها وقال مالك في
ثلث ركعات وقال الحسن البصري في ركعة واحدة وقال ابو بكر الاصم القراءة في الصلوة سنة كسائر الاذكار
وهو فاسد لان سائر الاذكار حين شرع شرع سنة وحينئذ المخافتة به على كل حال وههنا وجب الجهر بالقراءة في
اكثر الصلوات بل في كلها من حيث الاصل فلو كانت سنة لكانت مخافتة لان مبنى التطوعات على الخفية والكتمان
على انه مخالف لظاهر النص وخرق الاجماع ووجه قول الحسن قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن وهو لا
يقتضي التكرار ولا يلزم اركعوا واسجدوا فان التكرار فرض لانه ثبت ذلك بفعل النبي صلى الله عليه وسلم والحق
عند القول بالموجب وهو انا نسلم ذلك لكنه لا ينافيه فيجوز ان يثبت بدليل اخر كما سنذكر ووجه قول مالك
ان القراءة يجب ان تكون واجبة في جميع الركعات لقوله عليه السلام لا صلوة الا بقراءة لكنا اقمنا الاكثر مقام
الكل تيسيرا ووجه قول الشافعي الحديث وذلك لان كل ركعة صلوة بدليل انه لو حلف لا يصلي فصلى ركعة حنث
ولنا قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن على ما تقدم والامر بالفعل لا يقتضي التكرار على ما عرف في الاصول
وما ذكره خبر واحد فلا يعارضه ولا يزاد عليه وانما اوجبناها في الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان
لانهما اي الاولى والثانية يتشاكلان من كل وجه فان قيل لا نسلم ذلك لانهما يفترقان من حيث الثناء والتعوذ
والتسمية اجيب بان ذلك امر زائد والاعتبار بالاركان فاما الاخريان وفي بعض النسخ الاخراوان وهو
لحن لان الالف اذا كانت ثالثة ردت الى اصلها في التثنية كعصوان ورحيان واذا كانت رابعة قلبت
ياء فيفارقانهما اي الاوليين في حق السقوط وصفة القراءة وقدرها فانه لا يضم السورة الى الفاتحة فلا
يلحقان بهما **وقوله** والصلوة جواب عما رواه من الحديث وتقريره ان قوله لا صلوة مصدر مذكور
صريحا فكان بمنزلة من حلف لا يصلي صلوة لا كمن حلف لا يصلي وذلك ينصرف الى الركعتين عرفا فكذا هذا
فان قيل لا صلوة نكرة في سياق النفي فتعم كل فرد قلنا تعم كل فرد من افراده لغة او شرعا لا سبيل الى الاول
لان حقيقتها لغة الدعاء وليست القراءة شرطا في فرد من افراد الدعاء والثاني مسلم لكن الركعة الواحدة
ليست من الافراد شرعا لنهيه عليه السلام عن البتيراء ولنا ان نقول ايضا بموجب العلة سلمنا ان لا صلوة
الا بقراءة لكن الكلام في ان القراءة في الاوليين هل هي قراءة في الاخريين او لا وما ذكرتم لا يدل
على نفيه ولنا دليل على ثبوته وهو قوله عليه السلام القراءة في الاوليين قراءة في الاخريين وهو مخير
في الاخريين معناه ان شاء قرأ فاتحة الكتاب قيل على جهة الثناء لا على جهة القراءة وبه اخذ بعض المتأخرين
من اصحابنا وان شاء سكت مقدار تسبيحة وان شاء سبح ثلث تسبيحات كذا روي عن ابي حنيفة وهو ماثور عن
علي وابن مسعود وعائشة فقد روي عنهما انهما كانا يسبحان في الاخريين وسأل رجل عائشة عن قراءة الفاتحة
في الاخريين فقالت اقرأ لكن على جهة الثناء الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي صلى الله عليه وسلم داوم
على ذلك يعني بتركه والا لكان واجبا فلهذا اي فلكون القراءة على وجه الافضلية لا يجب سجدتا السهو بتركها
في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ان لم يقرأ ولم يسبح عمدا كان مسيئا وان سها عن ذلك وجب
عليه سجدتا السهو لان القيام في الاخريين مقصود فيكره اخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعا وظاهر
الرواية اصح لان الاصل في القيام القراءة فاذا سقطت بقي القيام المطلق فكان كقيام المقتدي ثم اعلم ان
المصنف قال في اول الفصل القراءة واجبة في الركعتين ولم يقل في الاوليين لانها فرض في ركعتين لا باعيانهما

ان شاء قرأ في الاوليين وان شاء قرأ في الاخريين وان شاء في الاولى والرابعة وان شاء في
الثانية والثالثة والافضل ان يقرأ في الاوليين وقال في خلاصة الفتاوى واجبات الصلوة عشرة وذكر
منها تعيين القراءة في الاوليين قوله والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر ظاهر وقوله
ولهذا اي ولكون كل شفع منه صلوة على حدة لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان وان نوى اكثر من ذلك
في المشهور عن اصحابنا وانما قيد بالمشهور احترازا عن قول ابي يوسف اولا على ما سيأتي وقوله ولهذا اي
ولان القيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة قالوا يستفتح في الثالثة اي يقرأ سبحانك اللهم
وبحمدك كما في الابتداء واستشكل هذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف فانهما جوزا ان ترك القعدة الاولى
من الشفع الاول في التطوعات فلو كان كل شفع منها صلوة على حدة لما جازت تلك الصلوة لترك القعدة
الاخيرة واذا قام الى الثالثة وهو مشروع بالاجماع اشبه صلوته هذه صلوة الفجر من حيث ان كل
شفع منها صلوة على حدة وصلوة الظهر من حيث ان الاربع مشروع كالركعتين وقد دخل في الشفع الثاني
فبالنظر الى الشبه الاول تفسد صلوته لانه ترك القعدة الاخيرة وهي فرض وبالنظر الى الثاني لا تفسد
لان القعدة المتروكة ليست الاخيرة فلا تفسد بالشك ويؤمر بالعود الى القعود ما لم يتقيد نظرا الى
الشبه الاول ولم يؤمر به بعد التقيد نظرا الى الشبه الثاني به واوجبنا القراءة على كل حال لانها ركن
مقصود لعينها واما القعدة فانها شرعت للتحلل وللفصل بين شفعين فاعتبرنا فيها الشبهين وقوله
هذا اي وجوب القراءة في جميع ركعات الوتر فان القراءة في الصلوة ركن مقصود لعينها وكونه واجبا ثابت
بالسنة ففيه احتمال النفلية فتجب القراءة في الجميع احتياطا **قال** ومن شرع في نافلة ثم
افسدها هذه هي المسئلة المشهورة في ان الشروع في النفل صلوة النفل كان او صوما ملزم عندنا
خلافا للشافعي وانما اوردها هذه المسئلة المشهورة في كتاب الصوم لان الاثار التي تحتج بها من الجانبين
انما وردت فيه لكن الشيخ ابا الحسن القدوري لما رأى حكم المسئلة فيهما واحدا اوردها في كتاب الصلوة
وتابعه المصنف قال الشافعي المتنفل متبرع فيه اي في فعله وهو واضح ولا لزوم على المتبرع لقوله تعالى ما على
المحسنين من سبيل فمن شرع في صلوة النفل ناويا اربعا فصلى ركعتين كان مخيرا في الشفع الثاني والجواب انه لا لزوم
على المتبرع قبل شروعه او بعده والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني عين النزاع والادلة تحمل على الاول
وقد بينا ان كل شفع من النفل صلوة على حدة فلم يوجد الشروع في الشفع الثاني حتى يكون ملزما ولنا ان
المؤدى وقع قربة بتسليمه الى مستحقه وكل ما وقع قربة لزم اتمامه ضرورة صيانته عن البطلان حق الغير قال الله
تعالى ولا تبطلوا اعمالكم فان قيل المؤدى لا يخلو اما ان يكون عبادة او لا فان كان الاول فلا
حاجة الى لزوم الباقي لان المشروع فيه عبادة وصلت الى مستحقها وان كان الثاني فلا وجه للتسليم
اليه فالجواب انه عبادة حتى انه لو مات اثيب عليه ولئلا يلزم تركب الشيء من منافيه والزام الباقي لانه
التزم عبادة صوما او صلوة مثلا ولا يكون كذلك الا بالزام الباقي لانه بهذا الاعتبار غير متجزئ
وقوله وان صلى اربعا اي شرع في الصلوة ناويا اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى
ركعتين يعني الشفع الثاني لان الاول قد تم والقيام الى الثالثة وانما ذكر التحريمة مبتدأة فيكون
ملزما اذا كان الافساد بعد الشروع فيهما بالقيام الى الثالثة فلا يجب عليه قضاء شيء وعن ابي يوسف
انه يقضي اعتبارا بالنذر وذلك لان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع فيلزم الاربع
كالنذر فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو النذر ولهما ان الشروع سبب لوجوب ما شرع فيه
وهو الركعة الاولى ولوجوب ما لا يصح ما شرع فيه الا به وهو الركعة الثانية لان الاولى لا تصح بدونها
والشفع الثاني ليس مما شرع فيه ولا به المفروض ولا ما يتوقف صحة ما شرع فيه عليه فلا يكون واجبا بالشروع

في الشروع في الشفع الاول وهنا لا يكون واجبا لا يجب قضاؤه وظهر من هذا أن النية لم تقارن سبب الوجوب
وهو الشروع لان الغرض انه لم ينو بخلاف النذر فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب فيلزم القضاء بالاتفاق
وعلى هذا سنة الظهر فان افسد الاخريين قبل الشروع تقضيهما عند ابي حنيفة وعندهما لا يقضي وقيل يقضي اربعا
احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة حتى ان الزوج اذا خير امرأته وهي في الشفع الاول من هذه الصلوات
أو اخبرت بشفعة لها فاتمت اربعا لا يبطل خيارها ولا شفعتها بخلاف سائر التطوعات **قال** وان
صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا هذه المسئلة تلقب بمسئلة الثمانية والوجوه الاتية فيه ستة عشر وهو انه قرأ
في الجميع • ترك في الجميع • ترك في الشفع الاول • ترك في الشفع الثاني • ترك في الركعة الاولى ترك في
الركعة الثانية • ترك في الثالثة • ترك في الرابعة • ترك في الشفع الاول والركعة الثالثة • ترك في الاولى
والرابعة • ترك في الركعة الاولى والشفع الثاني • ترك في الثانية والثالثة • ترك في الركعة الاولى والثالثة
ترك في الاولى والرابعة • ترك في الثانية والثالثة • ترك في الثانية والرابعة • فهذه ستة عشر وجها
والمصنف ترك الوجه الاول لان الكلام في اقسام الفساد بترك القراءة التي تقرأ في جميعها [illegible]
منها سبعة أوجه في الباقية لاتحاد الحكم فعادت ثمانية فعليك بتمييز المتداخلة بالتقسيم في الاقسام المذكورة
في الكتاب والاصل فيها ما ذكره أن عند محمد ترك القراءة في الاوليين أو في احديهما يوجب بطلان التحريمة
لانها تعقد للافعال لكونها وسيلة اليها والافعال قد فسدت بترك القراءة بالاجماع وعند ابي يوسف
ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة لانه يوجب فساد الاداء لا لبطلانه وفساد الاداء لا يزيد
على ترك الاداء بعد التحريمة بان لم يات بالاركان بحال كونه منفردا أو خلف الامام أو سبقه الحدث فذهب
ليتوضأ وترك الاداء لا يبطل التحريمة فكذلك فساده وانما قلنا ان ترك القراءة يوجب فساد الاداء لا بطلانه
لانها ركن زائد بدليل ان للصلوة وجودا بدونها من المقتدي والاخرس والامي والركن الاصلي ليس كذلك
واذا كان ركنا زائدا لا يؤثر في اصل الصلوة حتى تصير باطلة وانما يؤثر في اعدام صفتها وهي
صحة الاداء عملا بقدر الدليل فصار فاسدا فان قيل سلمنا انه اوجب الفساد وان الفساد لا يزيد على تركه
وان الترك لا يبطل التحريمة ولكن ما ذكرتم تاخير لا ترك فلا يكون مفيدا اجيب بانه هذا ترك قبل اشتغاله
بالاداء وانما يعرف كونه تاخيرا اذا اشتغل بالاداء فقبل اشتغاله به يصح اطلاق اسم الترك عليه وفيه
نظر لان للخصم حينئذ ان يقول لا نسلم ان الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك فان قيل ما الفرق بين الكلام
والحدث العمد وبينه حيث يبطلان التحريمة دونه اجيب بانهما من محظورات التحريمة واركانها يقطع التحريمة
لانه يمنع انعقادها في الابتداء فيجوز ان يقطعها بعد الصحة بخلاف ترك القراءة فان قلت سلمنا ذلك لكن
انتصاف الركن ونموما يقوم به المعنى بالزيادة ليس بكلام محصل فالجواب ما قررناه في التقرير لم يبق الا
فعليك بتحصيله بان كثيرا من خصوم اصحابنا المتاخرين ايضا انكروا هذه العبارة وعند ابي حنيفة ان ترك
القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احداهما لا يوجب اما الاول فلان كل شفع من التطوع
صلوة على حدة فكان ترك القراءة فيه اخلاء للصلوة عن القراءة فيكون فاسدا فيجب قضاؤها وبطل تحريمتها
واما الثاني فكان القياس فيه مثل الاول كما لو تركها في احدى ركعتي الفجر لكن فساد الصلوة بترك
القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه لم يقل به الحسن البصري متمسكا بما هو دليل على ما تقدم تقضينا
بالفساد في وجوب القضاء كما في الفجر وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا في كل
واحد من الحكمين فان قيل فساد الصلوة بتركها في الركعتين ايضا مجتهد فيه لان ابا بكر الاصم لا يقول
بفسادها اجيب بان ذلك خلاف لا اختلاف لكونه مخالفا للدليل القطعي وهو قوله تعالى فاقرؤا
ما تيسر من القرآن **قوله** واذا ثبت هذا يعني الاصل المذكور ظهر سوى اشياء يسيرة

ايضا

ايضا وهو قوله فعليه قضاء الاخريين يعني اذا قعد بينهما واما اذا لم يقعد فعليه أن يقضي اربعا
لما ان الفساد في الشفع الثاني يسري الى الاول اذا لم يقعد بينهما وقد تقدم وقوله لم يصح الشروع
في الشفع الثاني انه لا يكون صلوة في قولهما حتى لو اقتدى به انسان في الشفع الثاني لم يصح اقتداؤه
ولو قهقه لم ينتقض طهارته وقوله ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعند ابي يوسف
يقضي اربعا وانما قال وكذا عند ابي حنيفة اشارة الى انه ليس قوله بالاتفاق بينهما بل انما هو قوله
على رواية محمد وهو يفصل اصابت خرجه كما ترى وعند محمد يقضي ركعتين بناء على اصله ان التحريمة قد بطلت
بترك القراءة في احدى الاوليين وابو يوسف ايضا مر على اصله ان التحريمة باقية فصح الشروع في
الشفع الثاني واما ابو حنيفة فقد جرت مجاورة بين ابي يوسف ومحمد في مذهبه حين عرض عليه الجامع
الصغير فقال ابو يوسف رويت لك عنه ان عليه قضاء ركعتين وقال محمد بل رويت لي عنه ان عليه قضاء اربع
ركعات والاصل المذكور يساعد محمدا واعتذر لابي حنيفة ابو يوسف بان محافظة هو فيان مذهب ابي حنيفة
لان التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع فيه وقوله قال
يعني محمدا وتفسير قوله عليه السلام لا يصلي بعد صلوة مثلها اورد بعض الذكر ان القراءة واجبة في جميع ركعات
النفل وما يترتب على ذلك من المسئلة الثمانية دليلا على ذلك بما اوله اليه من قوله يعني ركعتين بقراءة
وركعتين بغير قراءة وانما حمل على هذا لانه ثبت خصوصه بالاجماع فان الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض
ويصلي اربعا قبل الظهر ثم الفرض بعده فيحتاج أن يأوله على وجه مستقيم وهو ما ذكره من حسام الدين قال
المراد به الزجر عن تكرار الجماعات في المساجد وهو حسن ويكون حجة على الشافعي واستشكل قول المصنف
فيكون بيانا فرضية القراءة في ركعات النفل كلها بانه خبر الواحد فكيف يفيد الفرضية ولكن لين كان مشهورا
فهو مؤول كما ذكرنا ولين قيل ان بيانه يحمل الكتاب فصار كخبر المسح لا يستقيم ايضا لان النص القرآن ليس بمجمل
اذ لو كان مجملا كان قراءة الفاتحة فرضا واجيب بانه قال بيان الفرضية ويجوز ان يكون الفرضية ثابتة
بقوله تعالى فاقرؤا ما تقدم والحديث لبيان انها فرض في التطوع ركعة فركعة **قال** ويصلي
النافلة قاعدا مع القدرة على القيام ان يصلي النافلة قاعدا لقوله عليه السلام صلوة القاعد على النصف
من صلوة القائم سماه صلوة ولا يخلو اما ان يكون المراد بها كان بعذر او بغيره لا سبيل الى الاول لان
ذلك • وصلوة القائم سيان في الثواب فتعين ان يكون بغير عذر ولا يخلو اما ان يكون المراد بها
الفرض او التطوع لا سبيل الى الاول بالاجماع فتعين الثاني ولانه خير موضوع اي شرع فيكون مخيرا
عنه لكونها غير واجبة وما كان بهذه المثابة لا يشترط فيه ما قد يفضي الى تركه لان ما يفضي الى ترك
الخير لا يكون خيرا والقيام قد يفضي الى ذلك لانه ربما يشق على المصلي فلا يشترط فيه كيلا ينقطع به اي
بسببه عن الخير واختلفوا في كيفية القعود وروى محمد عن ابي حنيفة انه يقعد كيف شاء لانه لما جاز له ترك
اصل القيام فترك صفة القعود اولى وعن ابي يوسف انه كان يحتبي لان عامة صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم
في اخر عمره كان محتبيا وعن محمد انه يتربع لانه اعدل وعن رواية يقعد كما يقعد في حالة التشهد وهو الذي
اختاره الفقيه ابو الليث وشمس الائمة السرخسي والمصنف لانه عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها
قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة وهو استحسان وعندهما لا يجوز وهو قياس لان الشروع عندنا
معتبر بالنذر في الالزام ولو نذر ان يصلي قائما لم يجز ان يصلي قاعدا فكذا اذا شرع قائما ولابي
حنيفة ما تقدم ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة لما شرع فيه الا به كالركعة الثانية وههنا لما
شرع فيه وهو الركعة الاولى قائما صحت بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر فلا يكون الشروع
في الاولى قائما موجبا للقيام في الثانية بخلاف النذر لانه التزم القيام نصا بتسميته فيلزمه حتى

لو لم يبق على القيام في ترويحة لم يلزمه القيام عند بعض المشايخ قال الفقيه أبو جعفر الهندواني لا رواية فيما إذا ابتدأ أن يصلي صلاة ولم يقل قائما أو قاعدا ماذا يجب قائما أو قاعدا اثر اختلف المشايخ قال الإمام فخر الإسلام لم يلزمه القيام لأنه في النفل وصف زائد فلا يلزم إلا بالشروط وقال بعضهم يلزمه قائما لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وإنما أوجبها الله تعالى أوجبها قائما وفي قوله حتى لو لم يبق إلى آخره نظر لأنه لا يستقيم في الابتداء إلا على قول أبي حنيفة أخذا بقول بعض من تأخر عنه بأزمنة كثيرة واعلم أن الدليل المذكور في الكتاب يفيد أنه لو قعد في الركعة الأولى بعد افتتاحها لا يجوز لأن الشروع يلزم ما باشره وما باشره إلا قائما وذكر في الفوائد الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال المتطوع في الابتداء كانت له الخيرة بين الافتتاح قاعدا فكذلك في الانتهاء بالطريق الأولى لأن حكم الابتداء أخف بدليل أن الإمام لا يجوز له إنشاء الجمعة بلا جمع ويجوز له البناء وفيه نظر لأن كون البقاء أسهل من الابتداء من المسلمات لا نزاع فيه لكن عارضه أصل آخر وهو أن الشروع فيما باشره يلزمه **قوله** من كان خارج المصر يتنفل على دابته يعني سواء كان بعذر أو بغيره توجه عند افتتاح الصلوة إلى القبلة أو لم يتوجه لإطلاق المروي وكذلك لا فرق بين أن يكون على دابته في موضع جلوسه أو في ركابه نجاسة أو لا لأن الركوع والسجود إذا سقطا مع كونهما ركنين فلأن يسقط طهارة المكان وهو شرط أولى وفيه نظر لأنه يستلزم جوازه بلا وضوء وهو باطل ولا يلزم من سقوط الشيء الذي له خلف سقوط ما لا خلف له فكان ما قال محمد بن مقاتل وأبو حفص الكبير إذا كانت النجاسة في موضع الجلوس أو الركابين أكثر من قدر الدرهم لا يجوز الصلوة هو القياس اعتبارا للصلوة على الدابة بالصلوة بالأرض وإن كانت عامة المشايخ على الجواز للضرورة وما في الكتاب ظاهر **قال** أما الفرائض مختصة بوقت اشارة إلى الفريضة لا تجوز على الدابة فلا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة إلا من عذر كخوف اللص والسبع وطين المكان وكون الدابة جموحا وكون المسافر شيخا كبيرا لا يجد من يركبه وقوله يترك كسنة الفجر قال ابن شجاع يجوز أن يكون هذا البيان للأولى أن يترك كركعتي الفجر وقوله ينفي اشتراط السفر إشارة إلى ما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن جواز التطوع على الدابة للمسافر خاصة لأن الجواز بالإيماء للضرورة ولا ضرورة في الحضر والصحيح أن المسافر وغيره سواء بعد أن يكون خارج المصر واختلف في مقدار البعد عن المصر والمذكور في الأصل مقدار الفرسخين وقدر بعضهم بالميل ومنع الجواز في أقل منه وقوله والجواز بالنص معطوف على قوله اشتراط فإن قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص دون الروايات وذكر في الهارونيات أن عند أبي حنيفة لا يجوز التطوع على الدابة في المصر لأن النص ورد خارج المصر على خلاف القياس والمصر ليس في معناه لأن السير على الدابة فيه لا يكون مديدا عادة فرجعنا فيه إلى القياس وعن أبي يوسف لا بأس به لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة وهو يصلي عليه وحكي أن أبا يوسف احتج به على أبي حنيفة فلم يرفع رأسه قيل إنما لم يرفع رأسه رجوعا منه إلى الحديث وقيل بل هو حديث شاذ فيما تعم به البلوى فلا يكون حجة ومحمد أجوزه بالحديث لكنه كره لأن اللغط يكثر في المصر فلا يؤمن من الغلط في القراءة ومن افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وإن صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل وإنما قيد بقوله صلى ركعة بطريق الاتفاق فإنه لو لم يصل ركعة فالحكم كذلك وتقرير دليله يحتاج إلى تقديم مقدمة هي أن بناء بعض الصلوة على بعض إنما يجوز إذا كان ما بعده متناولا بتحريمة واحدة وأما إذا لم يكونا كذلك فلا يجوز وإذا ظهر هذا فإحرام الراكب ينعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول بلا مطلق مبطل فكان ما صلى نازلا وهو راكب وما يصلي بعد النزول بالركوع والسجود موجبي تحريمة واحدة فجاز بناء أحدهما على الآخر فإذا أتى بهما أي

بالركوع

بالركوع والسجود صح وإحرام النازل لم ينعقد إلا موجبا للركوع والسجود لأنه لا يقدر على الركوب بلا مبطل لكونه عملا كثيرا فلا يكون ما صلى نازلا بركوع وسجود وما يصلي بعد الركوب بالإيماء موجبي تحريمة فلا يجوز بناؤه عليه لا يقال القدرة على الركوب بعد الافتتاح من غير مبطل ممكن بما يرفعه غيره ويضعه في السرج وضعا لأن الاقتدار على الشيء في التكليف إنما يعتبر بقدرة المكلف لا بقدرة غيره وعن أبي يوسف أنه يستقبل إذا نزل أيضا لأن في البناء بناء القوي على الضعيف وهو لا يجوز كالمريض إذا قدر في خلال الصلوة على الركوع والسجود فإنه يستقبل لئلا يلزم بناء القوي على الضعيف والجواب بما ذكر من المقدمة وإن إحرام المريض العاجز عن الركوع والسجود لم يتناولهما لعدم القدرة عليهما فصار كإحرام النازل فلا يجوز بناء ما لم يتناوله إحرامه على ما تناوله بخلاف الراكب إذا نزل وكان هذا من باب تخصيص العلل لمن جوزه فلا كلام ومن لم يجوزه يلتجي إلى الخلاص المعلوم في أصول الفقه وعن محمد أنه إذا نزل بعد ما صلى ركعة يستقبل لأنه صار صلوة فلا يبني فيها القوي على الضعيف وأما إذا لم يصلها فهو مجرد تحريمة وهو شرط والشرط المنعقد للضعيف شرط للقوي أيضا كالطهارة للنفل فإنه طهارة للفريضة فليس فيها بناء قوي على ضعيف والأصح هو الظاهر وهو أن الراكب إذا نزل بنى والنازل إذا ركب استقبل

فصل في قيام شهر رمضان

ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها بما ليس لمطلق النوافل من الجماعة وتعدد الركعات وسنة الختم وتسميتها بقيام رمضان اتباعا للفظ الحديث قال صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى فرض عليكم صيامه وسن لكم قيامه والترويحة اسم لكل أربع ركعات فإنها في الأصل اسم للاستراحة وهي الجلسة ثم سميت الأربع ركعات في آخرها الترويحة **قوله** ذكر لفظ الاستحباب وهو الأصح أنها سنة يعني تراويح الرجال والنسا وفيه نظر لأنه قال يستحب أن يجتمع الناس وهذا يدل على أن اجتماع الناس مستحب وقوله لأنه واظب عليها الخلفاء الراشدون إنما يدل على سنيتها لقوله صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي فإن قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي صلى الله عليه وسلم ولم يواظب أجاب بأنه بين صلى الله عليه وسلم العذر في ترك المواظبة وهو خشية أن تكتب علينا روي أنه صلى الله عليه وسلم خرج ليلة من ليالي رمضان وصلى عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس فخرج وصلى بهم عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس فلم يخرج وقال عرفت اجتماعكم ولكني خشيت أن تكتب عليكم وكان الناس يصلونها فرادى إلى زمن عمر فقال عمر إني أرى أن أجمع الناس على إمام واحد فجمعهم على أبي بن كعب فصلى بهم خمس ترويحات عشرين ركعة وقوله والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة كان من حقه أن يقول والمستحب الانتظار بين الترويحتين لأنه استدل بعادة أهل الحرمين على ذلك وأهل الحرمين لا يجلسون فإن أهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين أسبوعا وأهل المدينة يصلون بدل ذلك أربع ركعات وأهل كل بلدة بالخيار يسبحون أو يهللون أو ينتظرون سكوتا وإنما يستحب الانتظار بين كل ترويحتين لأن التراويح مأخوذ من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للتسمية واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وهو نصف التراويح وليس بصحيح أي مستحسن وقوله وقتها بعد العشاء قبل الوتر قال عامة المشايخ فإن صلاها قبل العشاء أو بعد الوتر لا يكون تراويح لأنها عرفت بفعل الصحابة فكان وقتها ما صلوا فيها وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر وذهب متأخروا أصحابنا مشايخ بلخ إلى أن جميع الليل إلى طلوع الفجر قبل العشاء وبعده وقتها لأنها سميت قيام الليل فكان وقتها الليل والأصح أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبعده لأنها نوافل سنت بعد العشاء فلو صلى قبل العشاء لا يكون تراويح ولو صلى بعد الوتر جاز **قوله** ولم يذكر قدر القراءة ظاهرا وقال بعضهم يقرأ في كل شفع مقدار ما يقرأ في صلوة المغرب لأن التطوع أخف من المكتوبة

أحمق فيعتبر بأخف المكتوبات قراءة وقال بعضهم يقرأ بمقدار ما يقرأ في العشاء لأنها تبع لها وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقرأ في كل ركعة عشر آيات وهو الصحيح لأن فيه تخفيفا على الناس وتحصل به السنة لأن عدد الركعات في ثلثين ليلة ستمائة وآيات القرآن ستة آلاف ● فإذا قرأ في كل ركعة عشر آيات تحصل الختم وقوله بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات يعني إذا علم أن قراءتها تثقل على القوم يتركها وينبغي أن يأتي بالصلوات لكونها فرضا عند الشافعي فيحتاط في الإتيان وقوله ولا يصلي الوتر بجماعة ظاهر وأما الوتر بجماعة في رمضان فهو أفضل لأن عمر كان يؤمهم في الوتر وذكر أبو علي النسفي أن علماءنا اختاروا أن يوتر في رمضان في منزله ولا يوتر بجماعة لأن الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كاجتماعهم على التراويح فإن أبي بن كعب ما كان يؤمهم فيها ويصح التراويح بمطلق النية وبنية التراويح أو سنة الوقت أفضل

باب إدراك الفريضة

لما فرغ من بيان الفرائض والنوافل شرع في بيان الأداء الكامل وهو الأداء بالجماعة ومن صلى ركعة من الظهر ثم أقيمت أي شرع الإمام في الصلاة يصلي أخرى صيانة للمؤدى عن البطلان لأن البتيراء منهي عنها ثم يدخل مع القوم إحرازا لفضيلة الجماعة كما لو شرع في الظهر ثم أقيمت الجمعة فإن قيل كيف يجوز إبطال صفة الفرضية لا لإقامة السنة أجيب بأن النقض لا لإقامة السنة بل لإقامة الفرض على وجه أكمل فإن النقض للإكمال إكمال كهدم المسجد للبناء وللصلاة بالجماعة فضل على المنفرد بسبع وعشرين درجة فيجوز النقض لإدراك ذلك فإن قيل كيف يستقيم هذا على مذهب محمد فإن الأصل عنده أن صفة الفرض إذا بطلت بطل أصل الصلاة على ما سيأتي فلا يؤدي يكون المؤدى مضمونا عن البطلان أجيب بأن ذلك مذهبه فيما إذا لم يتمكن من إخراج نفسه عن عهدة ما عليه بالمضي فيها كما إذا قيد الخامسة بالسجدة ولم يقعد في الرابعة وههنا تمكن من ذلك وفرق بينهما بأن إبطال صفة الفرضية لإحراز الجماعة إبطال من الشرع لأنه جاز قطعها لطعام الدنيا حتى قيل لأجل درهم فلأن يجوز لإحراز الفضيلة أولى بخلاف إبطالها في تلك الصلاة فإنه ليس بإطلاق من الشرع وإن لم يقيد الأولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الإمام هو الصحيح واليه مال فخر الإسلام لأنه محل الرفض يعني له ولاية الرفض في الجملة ما لم يقيد بالسجدة ألا ترى أن من قام إلى الخامسة ولم يقعد على الرابعة يرفض الخامسة ما لم يقيدها بالسجدة والقطع للإكمال وهو إكمال وقال بعضهم يصلي ركعتين ثم يقطع واليه مال شمس الأئمة لأن ما أتى به إن لم يكن صلاة فهو قربة سلمت إلى مستحقها فلا يجوز إبطالها ألا ترى أنه لو شرع في التطوع ثم أقيمت الظهر لم يقطع الظهر لم يقطع التطوع فالأول أولى والجواب أن القطع في محل النزاع للإكمال دون ما ذكرتم وإليه أشار المصنف بقوله والقطع للإكمال بخلاف ما إذا كان في النفل لأنه ليس للإكمال ولو كان في السنة قبل الظهر والسنة قبل الجمعة فأقيم الظهر أو خطب الإمام لم يتم مستقيم يقطع على رأس الركعتين احترازا لفضيلة الجماعة يروى ذلك عن أبي يوسف وروي في الجمعة عن أبي حنيفة في النوادر وقيل يتمها لأن الأربع قبل الظهر بمنزلة صلاة واحدة كما تقدم وإن كان قد صلى ثلاثا من فرض الظهر يتمها لأن للأكثر حكم الكل فيثبت به شبهة الفراغ ولو ثبت حقيقة لم يحتمل النقض فكذا إذا ثبت شبهته بخلاف ما لم يقيد الثالثة بالسجدة لأنه على الرفض كما مر فيقطعها وإذا أراد القطع فهو بالخيار إن شاء عاد وقعد وسلم لكون خروجه من الصلاة على الوجه المشروع ثم اختلفوا هل يتشهد ثانيا أو لا فقيل يتشهد لأن القعدة الأولى لم تكن قعدة ختم وقد صارت فيتشهد وقيل يكفيه التشهد لأن بالعود إلى القعدة ارتفض القيام وجعل كأنه لم يوجد أصلا وكانت هذه القعدة قعدة ختم وقد تشهد فيها ويسلم تسليمتين عند بعضهم لأنه هو المعهود في التحلل وقيل تسليمة واحدة لأن التسليمة الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه وإن شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلاة الإمام لأنه شارع إلى إدراك الفريضة وقال شمس الأئمة الحلواني لو لم يعد إلى القعدة فسدت صلاته وهو المذكور في النوادر واختاره شمس الأئمة السرخسي لأن القعدة المؤداة لم تقع

فرضا وركعتاه لما انقلبتا نفلا لم يبق لهما بد من القعدة المفروضة وقال فخر الإسلام الأصح أن يكبر قائما لأنه يختم صلاته وإذا كبر قائما ينوي الشروع في صلاة الإمام يقطع الأولى في ضمن شروعه في صلاة الإمام ثم هو مخير إن شاء رفع يديه وإن شاء لم يرفع وقوله وإذا أتمها معطوف على قوله يتمها وقوله ويدخل مع القوم الداخل ليس بختم لأن الذي يصلي معهم نافلة ولا إلزام فيهما والأفضل الدخول لأنه في وقت مشروع ويدفع عنه تهمة أنه ممن لا يرى الجماعة خارج رمضان وهو مكروه أجيب بأن الكراهة إذا كان الإمام والقوم متنفلين وأما إذا كان الإمام مفترضا فلا كراهة وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرغ من الظهر فرأى رجلين في أخريات الصفوف لم يصليا معه فقال علي بهما فأتي بهما وفرائصهما ترتعد فقال على رسلكما فإني ابن امرأة كانت تأكل القديد بمكة ما لكما لم تصليا معنا فقالا كنا صلينا في رحالنا فقال صلى الله عليه وسلم إذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما صلاة قوم فصليا معهم واجعلا صلاتكما معهم سبحة أي نافلة **قال** فإن صلى من الفجر ركعة كلامه واضح وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه يصلي أربعا ثلاثا مع الإمام وركعة بعدما يفرغ الإمام لأن مخالفة الإمام بعد فراغه لا يمنع الاقتداء كالمقيم إذا اقتدى بالمسافر وكالمسبوق فإنهما يقومان بعد فراغ الإمام والجواب على الظاهر أنهما يفعلان ذلك لأداء ما عليهما وفيما نحن فيه يفعله لما كره والأقوى ولا يلزم من جواز المخالفة لأمر قوي جوازها لأمر ضعيف قوله ومن دخل مسجدا قد أذن فيه فيه تفصيل وذلك أن من دخل مسجدا قد أذن فيه فإما أن يكون قد صلى أو لم يصل فإن لم يصل فإما أن يكون مسجد حيه أو لا فإن كان مسجد حيه كره له أن يخرج قبل الصلاة لأن المؤذن دعاه ليصلي فيه وإن لم يكن فإن صلوا في مسجد حيه فكذلك لأنه صار بالدخول فيه من أهله وإن لم يصلوا فيه وهو يخرج لأن يصلي فيه لا بأس به لأن الواجب عليه أن يصلي في مسجد حيه وإن كان قد صلى وكانت الظهر أو العشاء فلا بأس بالخروج إلى آخر ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد إنما قال يصلي وإن كانت الجماعة قد قامت لأن سنة الفجر من أقوى السنن وأفضلها قال عليه السلام صلوها وإن طردتكم الخيل وقال عليه السلام ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها وإدراك ركعة من الفجر كإدراك الكل قال عليه السلام من أدرك ركعة من الفجر فقد أدرك الصلاة فكان جمعا بين الفضيلتين وأما أنه يصلي عند باب المسجد فلأنه لو صلاها في المسجد كان متنفلا فيه عند اشتغال الإمام بالفريضة وهو مكروه فإن لم يكن عند باب المسجد فلأنه لو صلوها موضع للصلاة يصليهما في المسجد خلف سارية من سواري المسجد وأشدها كراهة أن يصليها مخالطا للصف مخالفا للجماعة والذي يلي ذلك خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف والوقت المستحب لها قبيل كما طلع الفجر لوجود السنة وقيل يقرب من الفرض لأنها تبع له **وقوله** وإذا خشي فوتهما يشير إلى أنه لو كان يرجو إدراك القعدة يدخل مع الإمام وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يصلي ركعتي الفجر لأن إدراك التشهد عندهما كإدراك الركعة أصله مسألة الجمعة والفقيه إسماعيل الزاهد كان يقول ينبغي أن يشرع في السنة فيقطعها ويدخل مع القوم حتى يلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر ورده الإمام السرخسي بأن ما وجب بالشروع ليس بأقوى مما وجب بالنذر وقد نص محمد أن المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع وبأن هذا أمر بالافتتاح على قصد أن يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا والقول إن أدرك القعدة لقوله بعد الفجر قبل طلوع الشمس والترتيب موجه وإن أراد لعدم ذلك والقصد للقطع نقض للكمال فلا بأس به وقوله لأن ثواب الجماعة أعظم لما روي أنه عليه السلام قال لقد هممت أن آمر رجلا يصلي بالناس وأنظر إلى من لم يحضر الجماعة فآمر فتيانا بأن يحرقوا بيوتهم وقوله في الجامع يريد بهما إذا خاف فوت كل الفرض وجاء له خوف فوت البعض **وقوله** هو الصحيح احتراز عن قول

بعضهم انه لا يقضيهما وهذا اغرب بعيد لانه عليه السلام فاتته الاربع قبل الظهر فقضاها بعده رواه عائشة
وقوله ولا كذلك سنة الفجر يعني لا يمكن اداؤها بعد الفرض فحصل الفرق قوله هو المروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم يعني قوله عليه السلام لو طردتكم الخيل فصلوها ولا تدعوها وما روي ان جميع سنن رسول الله صلى
الله عليه وسلم ودثر فكان في بيته **قال** واذا فاتته ركعتا الفجر ه ومن فاتته ركعتا الفجر لا
يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا اذ السنة ما اداها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يثبت
انه اداها في غير الوقت على الانفراد انما قضاها تبعا للفرض غداة ليلة التعريس ولكن الكلام فيه وهو
اي النفل المطلق مكروه بعد الصبح وقوله وكذا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي
ان يقضيهما قيل لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهما يقولان ليس عليه القضاء وان فعل فلا بأس به ومحمد يقول احب
الي ان يقضي وان لم يفعل فلا شيء عليه ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف في انه لو قضى كان نفلا عندهما او
سنة وقوله لاختصاص القضاء بالواجب لان القضاء تسليم مثل الواجب بالامر وكلامه واضح وقوله وفيما بعده
اختلاف المشايخ اي مشايخ ما وراء النهر قال بعضهم يقضيها تبعا ولا يقضيها مقصودة وقال بعضهم لا يقضيهما
مطلقا لان النص ورد في الوقت المهمل على خلاف القياس فلا يقاس عليه وقوله قيل وهو الصحيح وقوله
واما سائر السنن سواها اي سوى سنة الفجر في بعض النسخ سواهما اي سوى ركعتي الفجر لا تقضى بعد الوقت
وحدها وفي قضائها تبعا للفرض اختلف المشايخ قال بعضهم يقضيها لانه كم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت
قصدا وفيه نظر لان مثل هذه التبعية لا ضمنا وقال بعضهم لا يقضيها لاختصاص القضاء بالواجب وهو صحيح وقوله
ومن ادرك ركعة من الصلوة الرباعية ولم يدرك الثلث لم يصل تلك الصلوة بجماعة باتفاق بين اصحابنا
وادرك فضيلة الجماعة اي صار محرزا الصلوة صلاة بالجماعة باتفاق ايضا بينهم وعلى هذا ايكون تخصيص
قول محمد بادراك فضل الجماعة غير مفيد واجيب عن ذلك بانه انما خصه لدفع ما عسى يتوهم على قوله في
الجمعة ان مدرك الامام في التشهد ليس بمدرك للجمعة فيتوهم ان لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه
المسألة لانه مدرك للاقل فكما ان ادرك الاقل حرمة ادراك الجمعة حرمة ادراك فضيلة الجماعة فدفع
هذا التوهم بتخصيصه بالذكر وقوله ولهذا التفريع على ذلك بالاتفاق قال في الجامع اذا قال عبده حر ان
صلى الظهر بجماعة فسبق ببعضها لم يحنث لانه لم يصل الكل بجماعة لانفراده بالبعض ولو قال ان ادرك الظهر
حنث وان ادركهم في التشهد لان المدرك لاخر الشيء مدرك لذلك الشيء فلما كان مدركا للجماعة بادراك
ركعة كان مدركا لثوابها **قال** ومن اتى مسجدا قد صلي فيه ه اذا فاتت الجماعة رجلا ودخل في مسجد
قد صلي فيه اولا واراد الصلوة المكتوبة في مسجده او في بيته فلا بأس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له من السنن
الرواتب وغيرها ما دام في الوقت سعة اما اذا لم يكن يبدأ بالمكتوبة لئلا يفوته الفرض
عن وقته قيل هذا اي قول محمد لا بأس بان يتطوع انما هو في غير سنة الظهر والفجر لان التطوع قبل العصر
والعشاء مندوب اليه والناس مخيرين بين اتيانه وتركه فاذن لا بأس بالتطوع قبله واما التطوع قبل الفجر
والظهر فاكثر من ذلك لان لهما زيادة مزية قال صلى الله عليه وسلم صلوها وان طردتكم الخيل والامر الله
ندب لئلا لتأكيد بقوله وان طردتكم الخيل وقال عليه السلام من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وهو
وعيد عظيم ودلالته على وكادة الاربع اقوى من الاول وهذا قول فخر الاسلام وشمس الائمة السرخسي
وصاحب المحيط وقاضي خان والمرغيناني والمحبوبي وهذا اي قول محمد لا بأس بان يتطوع في الجميع لانه صلى
الله عليه وسلم انما واظب عليها عند اداء المكتوبات بجماعة ولا سنة دون المواظبة فان صلى لا يكون سنة
انما يكون تطوعا وهو قول صدر الاسلام ومثله مروي عن الحسن بن زياد والكرخي قال المصنف والاولى ان
لا يتركها اي السنن الرواتب في الاحوال كلها يعني سواء صلى بالجماعة او منفردا مقيما او مسافرا وهكذا

فعل الخلفا

فعل الخلفاء الراشدين وكبار الصحابة والتابعين ولان المنفرد احوج اليهما لافتقاره الى تكميل الثواب
اذا خاف فوت الوقت فانه يستقبل من تركها. **قوله** ومن انتهى الى الامام اي ادركه في ركوعه
فكبر يعني تكبيرة الافتتاح وقيد بالركوع لانه اذا انتهى اليه وهو قائم فكبر ولم يركع معه حتى رفع الامام
رأسه من الركوع ثم ركع انه مدرك لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى الى القومة بعد الركوع لا
يكون مدركا لتلك الركعة بالاجماع واما اذا انتهى اليه وهو راكع فكبر ولم يركع معه سواء كان متمكنا
من الركوع او لم يكن وهو مسألة الكتاب لا يصير مدركا لها عند العلماء خلافا لزفر وهو قول سفيان الثوري
وابن ابي ليلى وعبد الله بن المبارك قالوا ادرك الامام فيما له حكم القيام لان الركوع يشبه
القيام حقيقة لان القائم يفارق القاعد في انتصاب النصف الاسفل وهو موجود في الركوع وحكما لانه
يأتي فيه بتكبيرات العيد التي يؤتى بها في حقيقة القيام وهذا الدليل انما يتم اذا ثبت ان ادراكه فيما
له حكم القيام كادراكه في حقيقة القيام وهو ممنوع ولنا ما تقدم ان الاقتداء شركة في افعال الصلوة
ولم يوجد في القيام وهو ظاهر ولا في الركوع وكون الركوع يشبه القيام حكما غير معتبر ههنا
بحديث ابن عمر اذا ادركت الامام راكعا فركعت قبل ان يرفع رأسه فقد ادركت تلك الركعة
وان رفع قبل ان تركع فقد فاتتك تلك الركعة ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز
فعله ولا تفسد به صلاته وان لم يعد الركوع وقال زفر لا يجوز اي الصلوة وان لم يعد الركوع لان
ما اتى به قبل الامام غير معتد به لكونه منهيا عنه قال عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا
عليه فلذا ما يبتنيه عليه لان البناء على الفاسد فاسد فصار كما اذا رفع من هذا الركوع قبل ركوع الامام
ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد وقد وجد فيجعل ما سبقه الا ابتناء عليه فصار كما في الطرف الاول
وهو ان يركع معه ويرفع رأسه قبل الامام وهذا لان الركوع طرفين والشركة في احدهما كاف
بخلاف ما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام لانه لم توجد المشاركة في شيء من الطرفين

باب قضاء الفوائت

لما فرغ من بيان احكام الاداء
وما يتعلق به وهو الاصل شرع في بيان احكام القضاء وهو الخلف عنه ومن فاتته صلوة او فوتها عامدا
وجب عليه قضاؤها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت
مستحق عندنا وقال الشافعي هو مستحب فلا يجب عليه تقديم الفائتة على الوقتية لان كل فرض اصل بنفسه
فلا يكون شرطا لغيره لان الشرطية تبعية فكان بين اصالته وتبعيته منافاة ونوقض بالايمان فانه اصل الفرض
وهو شرط لسائر العبادات والصوم فانه فرض مستقل وهو شرط الاعتكاف الواجب بالاتفاق واجيب
بان الاصل ان الشيء اذا كان مقصودا بنفسه لا يكون شرطا لغيره لما ذكرنا من المنافاة الا اذا دل الدليل
على كونه شرطا لغيره فيجعل شرطا له مع بقائه مقصودا وما ذكرتم من ذلك قال الله تعالى فمن يعمل من
الصالحات وهو مؤمن فان الاحوال شروط وقال صلى الله عليه وسلم لا اعتكاف الا بالصوم فكانا شرطين
بهذين النصين ويدفع المنافاة باختلاف الجهة قلنا ومن ذلك محل النزاع لحديث ابن عمر من نام عن صلوة
او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام
ودلالته على وجوب الترتيب ظاهر حيث امر باعادة ما هو فيها عند التذكر وفيه بحث من اوجه الاول
انه متروك الظاهر لانه يدل على وجوب القضاء على النائم والناسي لا غير والوجوب ثابت على من فوت الصلوة
عمدا ايضا بالاجماع ومتروك الظاهر لا يكون حجة لا سيما في اثبات الفرضية لا يقال يدل على ذلك بدلالة
لانه لما وجب على المعذور فعلى غيره اولى لان ذلك انما يستقيم ان لو كان قضاء الفائتة عقوبة وليس كذلك
بل هو رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره وهو القاضي الثاني انه خبر واحد لا

لا يعارض المشهور فإن الجواز يثبت به كما في آية التيمم مثلاً ولو كان الترتيب فرضاً بما رويتم لبطل ما ثبت بالمشهور الثالث أنكم عملتم بهذا الحديث ولم تعملوا بخبر الفاتحة وهما خبرا واحد فكان تناقضاً الرابع أن الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت وشرائط الصلوة لا تسقط بشيء من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة والجواب عن الأول أن قضاء الصلوة رحمة الله والنبي صلى الله عليه وسلم موصوف بالرأفة بالمؤمنين ومن رأفته أن يوجب على المفرط ما يتدارك به تفريطه بطريق الأولى وعن الثاني بأنا ما أبطلنا به العمل بالمشهور بل أخرناه بالحديث الآخر احتياطاً وكان ذلك أهون من إهمال العمل بخبر الواحد أصلاً على أنهم قالوا إنه ليس بخبر واحد بل هو مشهور تلقته الأئمة بالقبول فإنهم أجمعوا على وجوب القضاء الثابت به وعن الثالث بأن العمل بخبر الفاتحة على وجه يلزم فساد الصلوة بتركها يوجب نسخ قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن وذلك لا يجوز كما تقدم بخلاف صورة النزاع فإن فيها العمل بالكتاب والخبر جميعاً وذلك لأن قوله تعالى أقم الصلوة لدلوك الشمس يدل على أن هذا الوقت وقت الظهر ولا يتعرض لعدم الفائتة عليه لا بنفي ولا إثبات وخبر الترتيب يدل على التقديم فعملنا بهما وعن الرابع بأن وقت النسيان ليس بوقت للفائتة لأن وقتها وقت التذكر وهو ناس وأما ضيق الوقت فلم يكن مستثنى ولا الحديث لا يحتمل قطعاً ولأن الفائتة شرط جواز أداء الوقتية إنما هو لتدارك الفائتة وليس من الحكمة تداركها بتفويت مثلها فلم يكن شرطاً عند ضيق الوقت وأما كثرة الفوائت فإنها في معنى ضيق الوقت لأن الاشتغال بها يفضي إلى تفويت الوقتية الثابتة بخبر الواحد وقد ظهر مما ذكرناه قوله ولو خاف فوت الوقت بتقديم الوقتية قوله ولو قدم الفائتة جاز أي جاز فعله هذا وهو تقديم الفائتة لأن النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها أراد النهي الذي يستفاد من الأمر وأوضح هذا المعنى في المبسوط فقال لأنه بدأ بالفائتة أجزأه بخلاف الأول فإن هناك هو مأمور بالبداءة بالفائتة ولو بدأ بفرض الوقت لم يجز لأن النهي عن البداءة بفرض الوقت هناك لمعنى في عينها الآن له أن يبدأ بالتطوع لا لفساد الموجب للنهي فيمنع الجواز لهذا وههنا النهي عن البداءة بالفائتة ليس في عينها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت ألا ترى أنه ينهى عن الاشتغال بالتطوع أيضاً لوجود ذلك المعنى الموجب للنهي والنهي متى ما لم يكن لمعنى في عين المنهي عنه لا يمنع جوازه **قال** ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء هذه المسألة لبيان أن الترتيب كما أنه فرض بين الوقتية والفائتة فكذلك بين الفوائت بنفسها فإذا فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الأصل لأن النبي صلى الله عليه وسلم شغل عن أربع صلوات يوم الخندق أي يوم حفر الخندق فقضاهن مرتباً ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي أمر بالتشبه مطلقاً والكامل منه ما يقع عقيبه على كميته وكيفيته فكان الأداء بوصف الترتيب شرطاً وإنما لم يقل كما صليت لكنه ● وقوله إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات استثناء من قوله رتبها في القضاء ومعناه أن تصير الفوائت ستاً واختلف الشارحون في تأويل كلامه لأن ظاهره لا يفيد هذا المعنى لاستدعائه أن يكون الفوائت سبعاً لأنه ذكر الفوائت بلفظ الجمع والزيادة غير المزيد عليه والمزيد عليه ست فيصير المجموع سبعة فقال صاحب النهاية المراد من الصلوات أوقاتها فإن فوت الصلوة السابعة ليس بشرط بالإجماع ورد بأنه يقتضي أن تزيد الفوائت على ست أوقات وذلك إنما يكون بفوت وقت السابعة وليس بمراد وقيل أراد أوقات الفوائت بحذف المضاف ورد بأنه يستدعي زيادة الأوقات على ست صلوات ورد بتكلفه وما تقدم عليه من الوجه وهو أن الزيادة لا بد وأن تكون من جنس المزيد عليه وذلك ضعيف وفي شرح هذه التأويلات كلها كما ترى والحق أن يقدر مضافان والتقدير إلا أن يزيد أوقات الفوائت بكثرة الفوائت على أوقات ست صلوات بحسب دخول الأوقات دون خروجها وإنما سقط الترتيب بين الفوائت بكثرة الفوائت لأن الكثرة لما أفادت سقوطه في اعتبارها فلأن يفيده في نفسها أولى وقيل لعدم القائل

بالفصل

بالفصل وقوله وحد الكثرة ظاهر مما ذكرنا إلا أن قوله لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار فيه كلام وهو أن الكثرة أمر إضافي جاز إطلاقها على ما هو زائد على ما دونه فما وجه الدخول في حد التكرار ويمكن أن يقال أصل ذلك القضاء بالإغماء وقد ثبت أن علياً أغمي عليه أقل من يوم وليلة فقضى الصلوات وعمار بن ياسر أغمي عليه يوماً وليلة فقضاهن وعبد الله بن عمر أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقضهن فدل على أن التكرار معتبر **وقوله** ولو اجتمعت الفوائت القديمة صورته رجل ترك صلوة شهر فسقاً ومجانة ثم ندم على ما صنع واشتغل بأداء الصلوة في مواقيتها فقبل أن يقضي تلك الفوائت ترك صلوة دون صلوة الست وصلى صلوة أخرى وهو ذاكر لهذه المتروكة الحديثة قال بعض المتأخرين من مشايخنا تجوز هذه الصلوة لكثرة الفوائت والاشتغال بالحديثة ليس بأولى من الاشتغال بتلك والاشتغال بالكل يفوت الوقتية عن وقتها قال في النهاية وعليه الفتوى وقال بعضهم لا تجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجراً له على التهاون وأن لا يصير المعصية وسيلة إلى التيسير والتخفيف وقوله ولو قضى بعض الفوائت صورته أن يترك الرجل صلوة شهر ثم يقضيها إلا صلوة أو صلوتين ثم صلى صلوة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه هل تجوز الوقتية أو لا عن محمد فيه روايتان ومال إلى عدم الجواز الفقيه أبو جعفر واختاره بعض المشايخ والمصنف ومال إلى الجواز أبو حفص الكبير واختاره من المشايخ فخر الإسلام وشمس الأئمة وصاحب المحيط وقاضي خان وغيرهم قال في النهاية وعليه الفتوى ووجهه أن الترتيب قد سقط بكثرة الفوائت والساقط لا يعود كماء نجس قليل دخل عليه الماء الجاري حتى كثر وسال ثم عاد إلى القلة لا يصير نجساً قال المصنف عن الأول وهو الأظهر يعني دراية ورواية أما دراية فلأن علة السقوط الكثرة المفضية إلى الحرج ولم يبق بالعود إلى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته وكان كحق الحضانة إذا أسقطت بالتزوج ثم ارتفعت الزوجية فإن الحق يعود وأما رواية فلما روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل أي شرع يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال يعني سواء قدمها على الوقتيات أو أخرها عنها والوقتيات فاسدة إن قدمها لدخول الفائتة في حد القلة لأنه متى أدى صلوة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات إلا أنه لما قضى متروكة بعدها عادت المتروكات خمساً ثم لا تزال هكذا فلا تعود إلى الجواز وإن أخرها أي أخر الوقتيات عن الفوائت فكذلك أي لا تجوز الوقتيات إلا العشاء الأخيرة فإنها جائزة أما فساد ما وراء العشاء الأخيرة من الوقتيات فلأنه كلما صلى فائتة عادت الفوائت أربعاً فتفسد الوقتية ضرورة وأما جواز العشاء الأخيرة فلما ذكر أنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها والظن متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه وقع معتبراً وإن كان خطأ والترتيب لا يوجبه الشافعي فكان ظنه موافقاً لرأيه وصار كما إذا عفى من له القصاص وظن صاحبه أن عفو صاحبه غير مؤثر في حقه فقتل ذلك القاتل لا يقتص منه ومعلوم أن هذا قتل بغير حق لكن لما كان خطأ ولا مجتهداً في ذلك فإن عند البعض لا يسقط بعفو أحدهم صار ذلك الظن مانعاً وجوب القصاص كذا في المبسوط ونوقض بما إذا صلى الظهر على غير وضوء ناسياً ثم صلى العصر على وضوء ذاكراً للظهر وهو يحسب أنه يجزيه فعليه أن يعيدهما جميعاً وعلى قياس ما ذكرتم أنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها كان ينبغي أن لا يجب عليه قضاء العصر ثانياً لما أنه لما قضى الظهر فقد وقع في ظنه أنه قضى جميع ما عليه ولم يبق عليه شيء من الفائتة والترتيب غير واجب على مذهب الشافعي فكان ظنه ههنا أيضاً موافقاً لمذهبه كما ذكرتم وأجيب بأن فساد الصلوة بترك الطهارة فساد قوي مجمع عليه فظهر أثره فيما يؤدي بعدها وأما فسادها بسبب ترك الترتيب فضعيف مختلف فيه ولا يتعدى حكمه إلى صلوة أخرى وقوله ومن صلى العصر مسألة الترتيب ولكن ذكرها تمهيداً للاختلاف المذكور بعدها وفي ضيق الوقت كلام لم يتكلم به فيما مضى فليتكلم به ههنا وهو أن الاعتبار في ضيق الوقت لأصل الوقت أو للوقت

المسحي وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني ان عند ابي حنيفة وابي يوسف الاعتبار باصل الوقت وعند محمد بالوقت المستحب وعلى هذا فيما ذكره من المسئلة ان امكنه اداء الظهر والعصر قبل تغير الشمس فعليه مراعاة الترتيب وان كان لا يمكنه اداء الصلوتين قبل غروب الشمس سقط الترتيب وعليه اداء العصر وان امكنه اداء الظهر قبل تغيرها ويقع العصر كله او بعضها بعد تغيرها فعليه مراعاة الترتيب عندهما خلافا لمحمد لان معنى الكراهة لا يسقط الترتيب كخوف فوات اصل الوقت وان لم يمكنه اداء الظهر قبل تغيرها سقط الترتيب لان اداء شيء من الظهر بعد تغير الشمس لا يجوز بالاتفاق لان ذلك الوقت وقت العصر وقت عصر اليوم ليس الا **وقوله** واذا افسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة اصل الصلوة يعني ينقلب نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يبطل والفائدة تظهر ايضا فيما اذا قهقه قبل ان يخرج من الصلوة فانه ينتقض طهارته عندهما خلافا لمحمد لان التحريمة عقدت للفرض وهو والاصح وكل ما عقد لاجله التحريمة اذا بطل بطلت التحريمة لان التحريمة وسيلة الى تحصيله واذا بطل المقصود بطل الوسيلة ولهما ان التحريمة عقدت لاصل الصلوة موصوفة بوصف الفرضية وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل وفيه بحث من وجهين الاول ان الوصف يجوز ان يكون موصوفا فيحصلا لاجله اولا لا سبيل الى الثاني لان وقت الصلوة ظرف فلا بد من التمييز بوصف يحصل به تعيين ما احرم له فلو لم يكن له مدخل في ذلك لجاز الاحرام بدون التعيين فلا يثبت تفريغ الذمة فتعين الاول فكان جزء الكل ينتفي بانتفائه والجواب عن الاول ان الوصف لا يجوز ان يكون محصلا لان المحصل يجب تقدمه والوصف لا يتقدم على الموصوف وعن الثاني بان للوصف مدخلا لما انعقدت له التحريمة لا من حيث تحصيله حتى يكون جزءا بل من حيث نفي غيره مما تزاحمه في الوقت واذا لم يكن جزءا لا يلزم من انتفائه انتفاء الكل ثم اذا افسد العصر فسادا موقوفا عند ابي حنيفة حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وقالا فسادا باتا لا جواز له بحال لان سقوط الترتيب حكم للكثرة وكل ما هو حكم لعلة يتاخر عنها فسقوط الترتيب انما يكون فيما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيما قبلها وهو القياس ولابي حنيفة ان الكثرة علة لسقوط الترتيب وقد حصلت فيترتب عليها السقوط وهي كما جاز ان يكون علة لما سياتي من الصلوات جاز ان يكون لكل واحد من احادها لان بقاء الكل واحد من احادها جزؤها متقدمة عليها فكيف يكون معلولا لها لان تاخر جزؤها من حيث الوجود ولا كلام فيه وانما الكلام من حيث الجواز وذلك متاخر لانه لم يكن ثابتا لكل واحد منها قبل الكثرة وهذا استحسان وهو معنى معقول وثبوت جواز الصلوة وفسادها بطريق التبين غير عزيز في الشرع الا ترى ان من صلى المغرب بعرفات يتوقف فان افاض الى المزدلفة في وقت العشاء ينقلب نفلا ويلزمه اعادتها مع العشاء في المزدلفة وان لم يعد بل توجه من طريق اخر الى مكة صحت وكذلك من صلى الظهر في منزله يوم الجمعة فان سعى اليها قبل فراغ الامام انقلب الظهر نفلا والا بقيت فرضا وكذلك المعتادة اذا انقطع دمها دون عادتها وصلت ثم عاودها الدم يتبين انها لم تكن صحيحة وان لم يعاودها كانت صحيحة. **قال** وقد عرف ذلك في موضعه يعني في كتاب الصلوة وقوله ولو صلى الفجر وهو ظاهر وقوله ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن يعني ان الترتيب المستحق هو ما يكون بين الفرائض لا غير وقوله وعلى هذا الاختلاف وهو ان الوتر واجب عنده سنة عندهما وقوله نعيدها بقية العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر اذا كان واجبا عنده صار كانه صلى فرضا بنسيان فرض اخر وعندهما يعيد الوتر ايضا لان دخول وقته بعد اداء العشاء على وجه الصحة ولم يوجد وكان مصليا قبل وقته.

باب سجود السهو

لما فرغ عن بيان ذكر الاداء والقضاء شرع في بيان ما يكون جابرا للنقصان يقع فيهما وهذه الاضافة اضافة الحكم الى السبب وهي الاصلية في الاضافات لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص

البب

المسبب بالسبب قوله يسجد للسهو ظاهر وقوله فعلا رضيت روايتا فعله فينبغي العمل التمسك بقوله اعترض عليه بوجهين احدهما ان المعارضة بين الحجتين المصير الى ما بعدهما وههنا صير الى ما قبلهما وهو القول لانه موجب دون الفعل والثاني انه يلزم الترجيح بكثرة الادلة وهو غير واجب عن الاول بان ذلك انما يكون اذا لم يكن ثمة قوتهما واما اذا كان فقد بطل الدليل وهو خلاف ما عليه اهل الاصول كلهم وعن الثاني بانا لم نجعل القول مرجحا للفعل حتى لزم ذلك وانما جعلنا حجة بعد تعارض الفعلين تعارض وقال مالك اهل الفعلين جميعا لا بكا ذبيح فيجمل ما رواه الشافعي على ما اذا كان السهو بالنقصان وما رواه اصحابنا على ما اذا كان السهو بالزيادة وهو محجوج بالقول فانه لا يفصل روى ثوبان رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لكل سهو سجدتان بعد السلام. **وقوله** ولان سجود السهو مما لا يتكرر ليس معقول على اولوية التاخير وبيانه ان سجود السهو كان ينبغي ان لا يتاخر عن زمان وجود العلة وهو السهو الا انه تاخر لضرورة ان لا يتكرر لانه اذا سجد ثم سها وامكن ان يسهو بعده فانه ينهى فاما ان يسجد ثانيا اولا فان لم يسجد بقي بعض لازم لا جابر له وان سجد تكرر التمام وهو غير مشروع بالاجماع فيلزمه التاخير وهذا المعنى الذي اقتضى التاخير عن زمان العلة اقتضى التاخير عن السلام حتى لو سها عن السلام بالقيام الى الخامسة لزم التحمل لتاخير السلام فيؤخر عنه ليجبر النقصان به وهذا الخلاف بيننا وبين الشافعي في الاولوية واما لو اتى بها قبل السلام جاز عندنا ايضا في رواية الاصول وروي انه لا يجزئه لانه اداه قبل وقته وجه رواية الاصول انا لو لم نجز لامرنا بالاعادة وتكرارا لسجود ولم يقل به احد فلا يكون فعله على وجه قال به بعض العلماء اولى من ان يكون على وجه لم يقل به احد منهم وقوله هو الصحيح احتراز عما اختاره فخر الاسلام وشيخ الاسلام وصاحب الايضاح وهو ان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه وعن فخر الاسلام لان التحريف لمعنى التحريم لا التحليل يعني ان السلام كلمة التحية للقوم والتحليل والاول ليس بمراد في هذا السلام لانه قاطع للاحرام والتحليل لا يتكرر فلا حاجة الى تكرار السلام واذا بطل معنى التحية لا ينحرف وجه الصحيح ما قاله المصنف رحمه الله صرفا للسلام المذكور يعني في الحديث المذكور الى ما هو المعهود في الصلوة ونسب صدر الاسلام قائل التسليمة الواحدة الى البدعة وقوله وياتي بالصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعوات انها في قعدة الصلوة او في قعدة السهو فقال الطحاوي ياتي بها فيهما لان كل قعدة في اخرها سلام ففيها صلوة على النبي صلى الله عليه وسلم وقال الكرخي في قعدة السهو واختاره فخر الاسلام والمصنف وقال هو الصحيح لان الدعوات موضعها اخر الصلوة ومنهم من قال في المسئلة اختلاف بين العلماء عند ابي حنيفة وابي يوسف في القعدة الاولى وعند محمد في الاخرى بناء على اصل وهو ان سلام من عليه السهو يخرجه من الصلوة عندهما وكانت القعدة الاولى قعدة الختم وعند محمد على خلافه وفيه نظر لان الاصل المذكور متغير ولو كان هذه المسئلة مبنية على ذلك لكان الصحيح مذهبهما. **قال** ويلزمه السهو هذا لبيان ما ذكره اولا الباب بقوله يسجد للسهو للزيادة والنقصان فانه لم يعلم من ذلك ان اي زيادة ونقصان يوجبه فبين ههنا بان المراد زيادة فعل من جنس الصلوة ليس منها كما اذا ركع ركوعين او ثلث سجدات. **وقوله** يلزمه السهو يدل على ان سجدة السهو واجبة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من اصحابنا انه سنة وقوله لا لصاحب ظاهر وقوله وانما وجب بالزيادة جواب عما يرد على قوله واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تاخيره او تاخير ركن فان لقائل ان يقول تجب بالزيادة ايضا ولا يترك ههنا ولا تاخير فقال الزيادة لا تعري عن تاخير ركن او ترك واجب وقوله ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا بيان للنقصان الموجب للسجود وهو ظاهر وقيل المراد بالسنة المضافة الى جميع الصلوات كالتشهد في القعدة الاولى وقوله او ترك قراءة

فاتحة الكتاب لبيان انها كما هي لترك الاذكار اعلم ان سجود السهو عرف بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
وما نقل ذلك عنه إلا في الافعال وكان القياس ان لا يجب في الاذكار لكنهم استحسنوا فيها لانها شرعت
جبرا للنقصان ويثبت النقصان بتركها أيضا فلا بد من الجبر بالسجود وعلى هذا اذا ترك الفاتحة او القنوت
في الوتر او التشهد في القعدة الاولى او الثانية او تكبيرات العيد يجب السجود لانها واجبات لمواظبة
النبي صلى الله عليه وسلم عليها من غير ترك وهي امارات الوجوب وقد ذكرنا انه يجب بترك واجب
ولانها تضاف الى جميع الصلوة فقال تكبيرات صلوة العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلوة فدل على
انها من خصائص الصلوة لان الاضافة دليل الاختصاص والاختصاص انما يكون بالوجوب لان التي
يقتضي وجوده معه والوجوب طريق للوجود والخصائص جمع خصيصة بمعنى الخاص كالشركة بمعنى المشاركة
وقوله وكل ذلك اي كل المذكور من القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما واجب وفيها سجود واعترض بان
اطلاق الواجب على القعدة الاخيرة سهو لانها فريضة تفسد الصلوة بتركها واجيب بان المراد
بتركها تاخيرها بالقيام الى الخامسة فان في التاخير نوع ترك وتاخير الركن يوجب السجود وفيه نظر لانه
يستلزم ان يكون المراد بالواجب الفرض والواجب وبالترك التاخير والترك في ذلك جمع بين الحقيقة
والمجاز في الموضعين وقيل يحمل كلامه على رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال تجوز صلوته اذا
رفع راسه من السجدة اذ تتم صلوته بدون القعدة الاخيرة وقيل القعدة الاخيرة واجبة بحسب الكيفية
اذ عدم تاخيرها واجب فاذا اخر فقد ترك هذا الواجب وفيه تمحل كما ترى **قوله** هو الصحيح احتراز
عما قيل قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة وهو وجه القياس ووجه الصحيح ما ذكرنا من المواظبة
بلا ترك قوله لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات لان الجهر فيما يجهر بالقراءة
على الامام واجب ليستمع القوم لقراءته لكونها اقيمت مقام قراءتهم لوجود المقصود وهو الاستماع
ولما قامت مقامها وجب ان يكون فرضا لكن لا بد من انحطاط مرتبة الفرع من مرتبة الاصل فكان
واجبا والمخافتة انما كانت صيانة للقراءة عن لغو الكفار ولغطهم وصيانة عن ذلك واجبة وما لا
يتوصل الى الواجب الا به كان واجبا فان قيل روى ابو قتادة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يسمعنا الاية والايتين في الظهر والعصر فدل على ان الاخفاء لم يكن واجبا وبه اخذ الشافعي رحمه الله
اجيب بانه صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ليبين ان القراءة مشروعة فيهما وعندنا لا يجب السجود اذا
تعمد ذلك **قوله** واختلف الرواية في المقدار اي في مقدار ما يوجب السجود واخفاء السجدة وفي ظاهر
الرواية القليل والكثير سواء في وجوب السجود ذكره شمس الائمة الحلواني وقاضي خان وروى ابن سماعة
عن محمد انه اذا جهر بأكثر الفاتحة سجد لان اليسير من الجهر والاخفاء غير ممكن الاحتراز عنه واكثر الفاتحة
ثم رجع وقال ان جهر مقدار ما تجوز به الصلوة يجب والا فلا قال المصنف والاصح قدر ما تجوز به
الصلوة في الفصلين اختيارا لهذه الرواية ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا اي وجوب
السجود في الفصلين انما هو في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة اي وجوبهما من خصائص
الجماعة قيل اما ان وجوب الجهر من خصائص الجماعة فمسلم لان المنفرد مخير بين الجهر والاخفاء واما
كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع لان المنفرد تجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها واجيب بان
ذلك وجه رواية النوادر روى ابو سليمان عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في المنفرد اذا جهر فيما يخافت
ان عليه السهو لما ذكرنا واما على ظاهر الرواية ان المخافتة واجبة عليهما لانها وجبت لنفي المغالطة
وانما يحتاج الى ذلك صلوة تؤدى على سبيل الشهرة والمنفرد لم يؤد كذلك فلم تكن المخافتة واجبة
عليه **قال** وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود ان سهى الامام وجب السجود على المؤتم وجو

على الامام لان السبب الموجب للسجود ثبت في حق الاصل وهو الامام فيثبت في حق المأموم أيضا بالتزامه
المتابعة فان قيل والفساد والاقامة لما تعدت من صلاة الامام الى صلوته حتى لو نوى الامام الاقامة
في وسط الصلوة صارت صلوتهم اربعا بالتزام المتابعة فكذلك النقصان وما يجبره فان لم يسجد الامام
لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا للامام وما التزم الاداء الا متابعا وبين المخالفة والمتابعة منافاة فلا
تحقق احدهما فيمن انتفى الاخر واعترض على التعليل المذكور في الكتاب بان المخالفة تجوز وقوعها من المؤتم
لما اذا لم يرفع الامام يديه عند الافتتاح فان القوم يرفعون واذا لم يثن الامام فالمأموم يثني واذا ترك
الامام تكبير الركوع وتسبيحه وتسميعه وتكبيرة الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم وتكبير التشريق فان
المأموم يفعل ذلك كله وبان المخالفة بعد فراغ الامام ليست بفاسدة الا ترى ان المسبوق يقضي ما فاته
بعد فراغ الامام والمقيم اذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين والجواب عن الاول ان الكلام فيما لزم المجيء
باشرة الامام وتعدى الى المؤتم وما ذكرتم ليس كذلك بل انها تجب على المقتدي ابتداء كما تجب على
الامام وعن الثاني بان هذه المخالفة جوزت ضرورة اتمام الفرض فلا تتعدى الى ما ليس كذلك
لانه ليس في معناه وان سهى المؤتم لا يجب على الامام السجود لان صلوته ليست مبنية على صلوة المأموم
فسادا ولا نقصانا فلا يجب نقصان صلوته بنقصان صلوة المأموم واذا لم يجب على الامام لم يجب على المأموم
لانه لو وجب فاما ان يسجد وحده وفيه مخالفة امامه ليس من اتمام الفرض وهو لا يجوز واما ان يسجد معه
امامه وفيه قلب الموضوع فان قلت فما ذكرت انفا ان المخالفة انما لا تجوز فيما لزم المجيء باشرة الامام وتعدى
الى المؤتم وههنا ليس كذلك بل المخالفة ان كانت لامر باشره المؤتم فينبغي ان تجوز كالجواب انا قلنا
ان المخالفة فيما لزم المجيء باشرة الامام لم تجز ولم نقل ان فيما باشره بنفسه جازت المخالفة والذي
يحسم هذه المادة ان المخالفة ان كانت لاتمام الفرض بعد فراغ الامام جازت بالنص كقوله عليه السلام
وما فاتكم فاقضوا **وقوله** عليه السلام اتموا صلاتكم فانا قوم سفر وان كانت لغيره فان كانت فيما تجب
ابتداء كالمسائل التي تقدمت جازت لانها كلا مخالفة حيث لم تتعلق بالاقتداء وان كانت فيما لزمها باشر
احدهما كالتي نحن فيها لم تجز لادائها الى قطع الشركة الثابتة لموضع الامامة **قال** ومن سهى عن
القعدة الاولى في الفرائض الرباعية والثلاثية ثم تذكر فلا يخلو اما ان يكون الى القعود اقرب بان لم يرفع
ركبتيه او الى القيام بان رفعهما فان كان الاول عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه
كفناء المصر له حكم المصر في حق صلاة الجمعة والعيدين واختلف في وجوب السجود فقيل يجب لانه اخر واجبا
بقدر ما اشتغل بالقيام وقيل لا يجب وهو الاصح بناء على ان ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه فصار كانه لم يقم
وان كان الثاني لم يعد لانه كالقائم معنى لما ذكرنا من الاصل ولو قام ما جاز له العود لانه لا يلزم ترك
الفرض وهو القيام لاجل الواجب الذي هو القعدة الاولى ولا يلزم سجدة التلاوة فانه يترك الفرض
لاجلها وهي واجبة لان ذلك ثبت بالنص على خلاف القياس وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة
كانوا يسجدون ويتركون القيام لاجلها ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قام الى الثالثة قبل ان يقعد فسبح له فعاد وروي انه لم يقعد وسبح لهم فقاموا ووجهه
التوفيق انه عاد حين لم يستو قائما ولم يعد بعدما استوى قائما وان سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام الى
الخامسة في الرباعية والرابعة في الثلاثية والثالثة في الثنائية فلا يخلو من ان يكون بعدما قيد
الرابعة بالسجدة او لا يكون فان لم يكن فلا يخلو اما ان يقيد الخامسة بالسجدة او لا فان كان الثاني رجع الى
القعدة لان اصلاح الصلوة به ممكن وكل ما كان كذلك وجب عمله احترازا عن البطلان وانما قلنا
انه ممكن لان ما دون الركعة محل الرفض لكونه ليس بصلوة ولا له حكمها ولهذا اذا حلف

لا يصلي لاجنث بما دون الركعة والى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبله اي قبل ما فعل وهو الخامسة وفي بعض
النسخ قبلها وهو واضح وكل ما رجع من فعل من افعال الصلوة الى شيء محله قبله ويعض ذلك الفعل المرفوع
عنه كما اذا قعد قدر التشهد ثم تذكر السجدة الصلاتية او التلاوية فسجد لها ارتفعت القعدة لما ان محلها
قبل القعود الاخير ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وهو اصابة لفظة السلام وقيل واجبا قطعيا وهو القعود
الاخير وان كان الاول بطلت فرضيته عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
صلى الظهر خمسا ولم ينقل انه قعد في الرابعة ولا انه اعاد صلاته ولنا انه استحكم شروعه في النافلة قبل
اكمال اركان المكتوبة لانه اتى بما هو صلاة اخرى حقيقة لاشتمالها على الاركان وحكما شرعا لوجود ولهذا وجب
الحنث على من حلف لا يصلي فصلى ركعة وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة خرج عن الفرض
لمنافاة بين الفرض والنفل وقد تحقق احد المتنافيين فينتفي الاخر ضرورة ولقائل ان يقول لا نسلم انه يوجد
الركعة الواحدة بعد اربع من المكتوبة استحكام الشروع في النفل لم لا يمنع ما سبق من ركعات المكتوبة عن
الاستحكام سلمناه ولكن ما سبق من ركعات الفرض ان لم يكن اشد استحكاما لكونه كثيرا وفرضا فلا اقل من المساواة
وحينئذ لا يكون بطلان الفرض اولى من بطلان النفل والجواب عن الاول ان الاستحكام
انما يكون بالوجود في الخارج وقد تحقق وجوده فيه ولو كان ما ذكرتم مانعا لما تحقق وعن الثاني بان المراد
ببطلان الفرض بطلان وصف الفرضية ويجوز له نفلا ولا من بطلان اصل الصلوة ووصفها وفي ابطال
النفل ذلك فكان الاول اولى وما نقل الحديث انه عليه السلام كان قعد قدر التشهد في الرابعة بدليل
قول الراوي صلى الظهر خمسا والظهر اسم لجميع اركان الصلوة ومنها القعدة وانما قام الى الخامسة
على ظن انها القعدة الاولى حملا لفعله عليه السلام على ما هو اقرب الى الصواب **وقوله** على ما مر اشارة الى
ما ذكره في باب قضاء الفوائت من الاختلاف بينهم قوله فضم اليها ركعة سادسة يعني عندهما وهل يجب عليه
سجدة السهو لم يذكره واختلفوا فيه والاصح انه لا يسجد لان النقصان بالفساد لا ينجبر بالسجدة ولو لم يضم لا شيء
عليه لانه مظنون والمظنون غير مضمون ثم انما بطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل لكون
السجود حقيقة في وضع الجبهة وعند محمد برفعها لان تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح الرفع مع الحدث فلم
يتم السجود وثمرة الاختلاف تظهر فيما سبقه الحدث في هذا السجود فذهب يتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد
في الرابعة عند محمد يتوضأ ويعود الى القعدة ويبني على صلوته باتمامها بالتشهد والسلام وعند ابي
يوسف لا يبني لان صلاته قد فسدت بوضع الجبهة ولا بناء على الفاسد قال فخر الاسلام المختار للفتوى
قول محمد لانه اوثق واقيس لان السجود لو تم قبل الرفع وجعل دوامه لتكراره لم ينقضه الحدث يعني بالاتفاق
ان الحدث بعض كل ركن وجد فيه الحدث ولو تم السجود بالوضع لما احتيج الى اعادته كما لو وجد الحدث
بعد الرفع وان كان قعد على الرابعة فلا يخلو اما ان تقيد الخامسة بالسجدة اولا فان كان الثاني فحكمه
فيما اذا لم يقعد عليها وان كان الاول ثم تذكر تمم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظ
السلام وتركها لا تفسد الصلوة لانها واجبة **وقوله** وانما يضم اليها ظاهر ولم يذكر ان الضم واجب
او مستحب او جائز ولفظ الاصل يدل على الايجاب فانه قال فيه عليه ان يضيف وحمله على الايجاب
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انما يكونان عن سنة الظهر وجه الصحيح ان السنة عبارة عن طريقة النبي
صلى الله عليه وسلم وهو كان يتطوع في الظهر تحريمة مبتداة قصدا **وقوله** ويسجد للسهو استحسانا يعني
ان القياس ان لا يسجد لان هذا السهو وقع في الفرض وقد انتقل منه الى النفل ومن سها في صلوته لا يجب عليه
ان يسجد في صلوة اخرى وجه الاستحسان ان النقصان قد تمكن في الفرض بالخروج منه لا على الوجه المسنون
وهو الخروج باصابة لفظة السلام وهذا مذهب محمد رحمه الله وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون

وهو

وهو الشروع فيه بتحريمة مبتداة وهذا مذهب ابي يوسف رحمه الله وكل واحد منهما يوجب السجود وانما
تقدم قول محمد لانه المختار للفتوى لان من قام من الفرض الى النفل من غير تسليم ولا تكبير عمدا لرفقة
ذلك نقصانا في النفل لانه احد وجهي الشروع في النفل وانما هو نقص في الفرض ولما كان النفل
بناء على التحريمة الاولى جعل في حق وجوب سجدة السهو كانها صلوة واحدة لكون التحريمة واحدة ولو
قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون خلافا لزفر فانه يقول عليه قضاء ركعتين لانه يبقى منعقدا في نفل
لازم وان تبين انه لم يكن عليه قلنا شرع على انه مسقط لا ملزم ثم تبين انه لم يكن عليه مسقط اصلا فلا
يلزمه الزام ما لم يلتزم ولو اقتدى به انسان فيهما لزمه عند محمد ست ركعات ان اقتدى به في الحالة
التي بعد الاتمام باربع ركعات وان اقتدى به في السادسة بان يقعد بخمس ركعات يصلي ركعة ويقعد
ثم يصلي ركعتين ويقعد لانه لما شرع في تحريمة الامام لزمه ما ادى بها الامام وقد ادى ستا وعندهما
لزمه ركعتان لانه استحكم خروجه عن الفرض فلا يلزمه غير هذا الشفع ولو افسده المقتدي لا قضاء
عليه عند محمد اعتبارا بما اذا افسده الامام فان حال المأموم لا يكون اقوى حالا من الامام والا
لزم زيادة الفرع على الاصل وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام تقريره
ان المقتضي للوجوب وهو الشروع من المخاطب بالنهي عن الابطال قائم في حق الامام فكذا في حق المأموم
لبناء صلوته على صلوة الامام وحينئذ يجب القضاء عليهما جميعا عملا بالمقتضي الا انه سقط عن الامام لعارض
يخصه وهو شروعه في النفل لا عن قصد التطوع وما اختص به لا يتعدى الى غيره وعلى هذا لا يلزم بناء القوي
على الضعيف لان صلوة الامام ايضا بالنظر الى وجود المقتضي قوي وفرق ابو يوسف بين هذا وبين
ما اذا لم يقعد على الرابعة بان هناك بطل فرضه وكان الاحرام في الابتداء منعقدا للست ركعات
فاذا اقتدى به انسان لزمه موجب تلك التحريمة واما هاهنا فقد تم فرضه لما ذكرنا وشرع في النفل
والمقتدي به اقتدى به في النفل فلا يلزمه غير ركعتين والحاصل ان هناك صلوة واحدة فلزم الجميع
وهاهنا صلوتين فلزم الاخير قيل كان من حق الكلام وعند ابي حنيفة وابي يوسف بدل لما تقدم في
قوله وعندهما ركعتين ويدل لما ذكر في الجامع الصغير كما هي حال وعندهما يقضي ركعتين وليس بواضح
لانه ذكر في النوادر الاختلاف على ما وقع في الكتاب فلعل المصنف وقف على صحة ذلك فنقله ولا يلزم
من كونهما مختلفين في مسئلة اتفاقهما في مسئلة اخرى فانهما مسئلتان **قال** ومن صلى ركعتين
تطوعا الاصل ان توقع سجدتي السهو في شفع من الصلوة غير مشروع ثم اما ان يكون الشفعان في صلوة
التطوع او الفرض فان كان الاول كما اذا صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان
يصلي اخريين وفي بعض النسخ اخراوين وليس له ذلك لانه يبطل السجود بلا ضرورة لان بما ادى صح بدونه ما
يبني بلا ضرورة في البناء بل فيه احراز فضيلة الدوام وفيه نقض الواجب والاحتراز عن نقض الواجب
اولى ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة قال شيخ الاسلام وان بنى على ذلك ينبغي ان يعيد سجدتي السهو
لانه لما بنى حصلت السجدتان في وسط الصلوة فلا يعتد بهما فكان عليه الاعادة وان كان الثاني كما اذا
سجد المسافر للسهو ثم نوى الاقامة فله ذلك لانه لو لم يبن وقد لزمه الاتمام بنية الاقامة بطلت
صلوته وفي البناء نقض للواجب ونقض الواجب ادنى فيتحمل دفعا للاعلى **قال** ومن سلم وعليه
سجدتا السهو اصل هذه المسئلة واخواتها ان سلام من عليه سجدة السهو لا يخرجه عن حرمة الصلوة عند محمد
وهو قول زفر رحمه الله لا خروجا موقوفا ولا باتا وعندهما يخرجه خروجا موقوفا على معنى انه ان سجد
بعد السلام حكما ببقاء التحريمة والا فلا لهما ان السجود وجب جبرا للنقصان ليمكن في المؤدي بالاكمال
والجبر انما يتحقق اذا كان المجبور قائما وقيامه ببقاء التحريمة فيحكم ببقائها تحصيلا للغرض المطلوب ولهما

ان السلام محلل في نفسه بالنص والاجماع وانما لا يعمل ضرورة الحاجة الى اداء السجود ولا ضرورة اذا لم يعد فيعمل عمله لتحقق المقتضي وزوال المانع وهذا اجرا الى تخصيص العلة كما ترى والمخلص معلوم لا يقال اذا كان بقاء التحريمة ضرورة اداء السجود ينبغي ان لا يتعدى الى جواز الاقتداء لانه تشكك في الجمع عليه فلا يكون مشروعا واذا عرفت هذا الاصل يجري عليه الفروع منها مسئلة الكتاب فان عند محمد الاقتداء صحيح على سبيل الثبات وعندهما على سبيل التوقف ومنها انتقاض الطهارة بالقهقهة عنده ينتقض لبقاء التحريمة خلافا لهما ومنها تغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة عنده تتغير لكونها في حرمة الصلوة كما لو نوى قبل السلام وعندهما لا تتغير لانها لم تكن في حرمة الصلوة فان قيل اذا كان الخروج موقوفا كان خارجا من وجه دون وجه وذلك يستدعي ان يكون حكم هذه المسائل عندهما كحكمها عنده احتياطا اجيب بانه ليس معناه الخروج من وجه دون وجه بل معناه الخروج من كل وجه لكن بعرضية العود كما سنذكر **قال**

ومن سلم يريد به قطع الصلوة يعني في عزمه ان لا يسجد للسهو فعليه ان يسجد للسهو في مجلسه قبل ان يقوم او يتكلم وفي رواية قبل ان يتكلم وفي رواية او يخرج من المسجد وهذه تفيد ان الانحراف عن القبلة في المسجد غير مانع للسجود قال لان هذا السلام اي سلام من عليه السهو غير قاطع اي بالاتفاق اما عند محمد فلا يخرج محللا واما عندهما فلانه وان كان محللا انه محلل على سبيل التوقف لا على سبيل الثبات وكل ما لم يشرع قاطعا لا يقطع الصلوة فدل على ان القطع لا يحصل بالسلام فتعين منه وهي لا تصلح للقطع ايضا لانه لما ثبت ان السلام غير قاطع شرعا لجعله قاطعا بالنية تغيير المشروع وهو لا يتغير بالقصد والعزيمة واعترض بوجهين احدهما ان السلام وضع مخرجا عن حرمة الصلوة عندهما فكيف لا يكون مخرجا مع نية القطع وهل هذا الا انكار فان غاية ما في الباب ان لا يكون النية معتبرة فاما السلام وضعا فموجود وكانهما قالا السلام مخرج السلام غير مخرج والثاني ان نية الاشراك بغير افضل المشروعات ومع ذلك اذا نوى غير الايمان في الحال والجواب عن الاول ان سلام من عليه السهو مخرج عن احرام الصلوة لكن بعرضية العود اليه بالسجود من غير تفرقة بين ان ينوي العود او ينوي عدم العود او لم ينو شيئا فانه لا معتبر لنيته والمسئلة الاولى كانت لبيان الاطلاق وهذه لبيان التقييد ولانا ذلك وعن الثاني بان كلامنا ان المشروع جعل كلام الناسي غير قاطع وهو يريد ان يجعله قاطعا بقصده وعزيمته وليس له ذلك لانه تغيير للمشروع وليس من قصد من نوى الاشراك ان يجعل الايمان المشروع غير مشروع بقصده وعزيمته فليس مما نحن فيه فتامله بعمقك عما طول به الكتب **قال** ومن شك في صلوته

ومن شك في كميته من صلى ثلاثا اما ان يكون اول ما عرض له الشك او لا فان كان الاول استانف الصلوة واختلفوا في معنى قوله اول ما عرض له فقال صاحب الاجناس معناه اول ما سهى في عمره وقال شمس الائمة السرخسي معناه ان السهو ليس بعادة له لا انه لم يسه قط وقال فخر الاسلام اي في هذه الصلوة ومما مر بيانه واذا كان الثاني وهو ان يعرض له الشك كثيرا فلا يخلو اما ان يكون له راي او لا فان كان بنى عليه وان لم يكن بنى على الاقل وهذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وروي انه عليه الصلوة والسلام انه قال من شك في صلوته فليتحر الصواب وروي انه عليه السلام قال من شك في صلوته فلم يدر ثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل ومعلوم ان التوفيق لابد منه بين الادلة مهما امكن وقد امكن بحمل كل واحد منها على صورة من الصور المذكورة فيحمل الحديث الاول على الصورة الاولى لان فيه الامر بالاستقبال وذلك يناسب الصورة الاولى لعدم التكرار المفضي الى الحرج بتكرار الاستقبال ويحمل الثاني على الثانية لان فيه الامر على التحري الذي هو طلب الاحرى والاحرى هو ما يكون اكبر رايه عليه وتعين الثالث للثالثة مقتضي التكرار الامر بالبناء على الاقل **قال** والاستقبال بالسلام اولى يتعلق اولى القعود يعني اذا استانف فالاستيناف بالسلام اولى لا بالكلام او بمجرد النية لان السلام عرف محللا دون

الكلام

الكلام ومجرد النية لغو ما لم يتصل بالعمل القاطع **قال** وعند البنا على الاقل يتعلق باجرها وبيان ذلك ان الشك اذا وقع في ذوات الاربع انها الاولى او الثانية عمل بالتحري فان لم يقع تحريه على شيء يبني على الاقل فيجعلها اولى ثم يقعد لجواز انها ثانية والقعدة فيها واجبة ثم يقوم ويصلي ركعة اخرى ويقعد لاحتمال انها في الحكم رابعة والقعدة فيها فرض وذوات الثلاث على هذا القياس وان وقع الشك بعد الفراغ من التشهد او بعد السلام حمل على انه اتم الصلوة حملا لامره على الصلاح وهو الخروج منها على وجه التمام ذكر صلاة المريض

باب صلاة المريض

عقيب سجود السهو لانهما من العوارض السماوية والاول اعم موقعا لانه يتناول صلاة المريض بالجملة بالقيام ضرر صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن الحصين رضي الله عنهما صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومئ ايماء واذا كان قادرا على بعض القيام دون تمامه قال ابو جعفر يؤمر بان يقوم مقدار ما يقدر فاذا عجز قعد لان الطاعة بحسب الطاقة وان قدر على القيام متكئا قال شمس الائمة الحلواني الصحيح انه يصلي قائما متكئا ولا يجزيه غير ذلك وكذلك لو قدر ان يعتمد على عصا او كان له خادم لو اتكأ عليه قدر على القيام فان لم يستطع الركوع والسجود اومأ ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه اي الايماء قائم مقام الركوع والسجود فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم براسك فان فعل ذلك فاما ان يخفض راسه للركوع والسجود او لا فان خفض جاز لوجود الايماء وان لا فلا لعدمه فان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل وسادة تحت راسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء بالركوع والسجود اذ حقيقة الاستلقاء تمنع الاصحاء عن الايماء فكيف بالمريض لقوله صلى الله عليه وسلم يصلي المريض الحديث واختلف في معنى قوله عليه السلام فالله تعالى احق بقبول العذر منه فمنهم من يقول بسقوط القضاء عند عدم القدرة على الايماء قال احق بقبول عذر التاخير دون الاسقاط ومن قال بسقوطه عند ذلك قال احق بقبول عذر الاسقاط وهو الاصح قوله لما روينا من قبل اي من حديث عمران بن الحصين لان الاولى اي الرواية الاولى او الهيئة او الفعلة الاولى هي الاولى عندنا لانه لما تعارض حديث عمران بن الحصين وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما والحالة حالة عذر جاز العمل بكل منهما الا ان ما ذكرنا اولى لان المعقول معنا فان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه اي بوقوع الاشارة الى هواء الكعبة يتادى الصلوة فان عجز عن الايماء براسه اخر عنه **وقوله** لما روينا من قبل اشارة الى قوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم براسك اقتصر على الراس في موضع البيان ولو جاز غيره لتبينه **قال**

ولا يقاس على الراس جواب عما يقال ليس هذا من باب نصب الابدال بالراي بل بالقياس على الراس قال هو الصحيح احتراز عن قول من يقول الصحيح انه يسقط عنه الصلوة اذا كان العجز اكثر من يوم وليلة وهو اختيار فخر الاسلام وشيخ الاسلام وقاضي خان وغيرهم رحمهم الله قال في فتاوى قاضي خان والاول اصح لان مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب **قال** وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود فقال زفر والشافعي رحمهم الله اذا قدر على القيام دون الركوع والسجود عنه القيام لانه لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن ادراك ركن اخر ولنا ان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة فانه بدونها غير مشروع عبادة بخلاف العكس فاذا كان لا يتعقبه لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود فان عند الايماء قاعدا يصير راسه اقرب الى الارض من الايماء قائما قيل هذا التعليل على مخالفة النص لان حديث عمران بن الحصين يدل على ان المصير الى القعود انما هو عند العجز عن القيام

والمعروض خلافه اجيب بانه محمول على ما اذا كان قادرا على الركوع والسجود كما له القيام بدليل انه ذكر الايماء في حالة ما يصلي على الجنب فدل على ان المراد بقدرة القيام القدرة على الاركان قوله وان صلى بعض صلاته قائما ظاهر قوله بناء على اختلافهم في الاقتداء يعني ان كل فصل يجوز فيه الاقتداء يجوز البناء اذ الصلوة على اولها ههنا وما لا فلا فعند محمد لا يقتدي القائم بالقاعد فكذا لا يبني في حق نفسه وعندهما القائم يقتدي بالقاعد فكذا يبني في حق نفسه ونوقض بما اذا افتتح الصحيح التطوع قاعدا اذ ادى بعض صلاته قاعدا ثم بدا له ان يقوم فقام وصلى الباقي قائما اجزاه بالاجماع وهذا الاصل المذكور يقتضي ان لا يجوز على قول محمد واجيب بان تحريمة المريض لم تنعقد للقيام لعدم القدرة عليه وقت الشروع في الصلوة فلم يبن على ما انعقدت له تحريمته واما تحريمة التطوع فقد انعقدت للقيام ايضا لقدرته عليه عنده فجاز بناؤه عليه لكونهما منادى تحريمته قوله استانف عندهم جميعا يعني العلماء الثلاثة فانه لم يذكر فيه خلافا على ما مر من اصله جواز اقتداء الراكع بالمومي **قال** ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا اي تعب لا باس بان يتوكأ اي يتكئ يعني اذا شرع في النفل ثم اتكأ فلا يخلو اما ان يكون لعذر او لغيره فان كان لعذر كالاعياء لا باس به وان كان لغير عذر فقد اختلف المشايخ فيه فقيل يكره لانه اساءة في الادب الا ترى انه لم يخير المتطوع في الابتداء بينه وبين القيام كما خير بين القيام والقعود وقيل لا يكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لو قعد جاز عنده ويكره مع كون القعود منافيا للقيام فالاتكاء الذي لا ينافيه يجوز ولا يكره ويكره عندهما لان القعود لا يجوز عندهما فيكون الاتكاء الذي هو فوقه جائزا مكروها قوله وان قعد يعني بعد ما افتتح قائما بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده وعندهما لا يجوز وفي كلامه تسامح لان ما لا يجوز لا يوصف بالكراهة وقد قال يكره بالاتفاق واجاب الامام حميد الدين الضرير بان المراد من هذا انه لو صلى ركعة قائما ثم قعد في الثانية بغير الاعياء ثم قام واتم الثانية قائما فان هذه القعود جائز مع صفة الكراهة وفيه نظر لان قعوده اذا كان لا لعياء فذلك قعود لغير عذر والكلام ليس فيه بل يجب ان لا يكون مكروها وكذا ان ترك ذكر الاعياء والمسألة بحالها كما قال بعض الشارحين على ان يثبت بالنقل ان ذلك مكروه بالاتفاق لا يجوز اطلاقه على ما لا يجوز فهو اول المسألة وكذلك قوله بالاتفاق يخالف قوله قبل هذا لو قعد يجوز عنده من غير عذر من غير كراهة ولذا خالف اطلاق ما ذكر في باب النوافل ويجوز ان يقال ذكر في مبسوط شيخ الاسلام وجامع ابي المعين انه لو قعد في لا يكره عنده في الصحيح لان الابتداء على هذا الوجه مشروع بلا كراهة فالبقاء اولى لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فقوله في الصحيح يدل على ان ثمة غير صحيح فالاطلاق هنا وفي باب النوافل يكون على الصحيح وقوله يكره بالاتفاق على غير الصحيح ولعل قوله بالاتفاق وقع سهوا من الكاتب **قال** ومن صلى في السفينة اما ان يكون عاجزا عن القيام او لا فان كان عاجزا جاز ان يصلي قاعدا بالاتفاق وان لم يكن فاما ان تكون السفينة سائرة او راسية فان كانت راسية لم تجز الصلوة قاعدا بالاتفاق وان كانت سائرة جاز عند ابي حنيفة والقيام افضل وقالا لا يجوز وهو القياس لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله وهو وجه الاستحسان ان الغالب من حال راكب السفينة دوران الرأس عند القيام والغالب كالمتحقق الا ترى ان نوم المضطجع جعل حدثا لان الغالب من حاله ان يخرج منه شيء لزوال الاستمساك الا ان القيام افضل لبعده عن شبهة الخلاف وينبغي ان يتوجه الى القبلة كيفما دارت السفينة سواء كانت عند الافتتاح او في خلال الصلوة لان التوجه فرض عند القدرة وهذه افادة والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة على ما بينا انفا انها اذا كانت راسية لم يجزه القعود بالاتفاق وهو المراد بقوله والمربوطة كالشط وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم بانه ايضا على الخلاف والمربوطة بالجزيرة في لجة البحر وهي تضطرب قيل تحتمل وجهين والاصح انه ان كانت

تحركها

تحركها عن كاشتداد الريح فهي كالسائرة والا فهي كالراسية ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان زاد على ذلك لم يقض والقياس ان لا يكون عليه القضاء اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملا وهو قول الشافعي لتحقق العجز فاشبه الجنون ووجه الاستحسان ما روي ان عليا اغمي عليه في اربع صلوات فقضاهن وعبد الله بن عمر اغمي عليه في ثلاثة ايام فلم يقض شيئا والفقه فيه ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار وقوله والجنون كالاغماء جواب عن قياس قوله الاغماء على الجنون على زعم الجنون اذا استغرق وقتا كاملا اسقط القضاء وجهه ان الاغماء ان كان اكثر من يوم وليلة سقط القضاء والا فلا كذا ذكره ابو سليمان وقد نص عليه في نوادر الصلوة وقوله بخلاف النوم متعلق بقوله وان كان اكثر من ذلك لم يقض يعني ان النوم وان كان على يوم وليلة لا يسقط القضاء لان امتداده الى هذا الحد نادر لا عبرة به فالحق الممتد منه بالقاصر وقوله ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات قال ابو جعفر الزيادة تعتبر عند ابي يوسف من حيث الساعات اكثر من يوم وليلة وانما تظهر ثمرة الخلاف فيما اذا اغمي عليه عند الضحوة ثم افاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا اكثر من يوم وليلة من حيث الساعات فلا قضاء عليه في قول ابي يوسف وعلى قول محمد يجب عليه القضاء لان الصلوات لم تزد على خمس والمذكور في الكتاب من كون الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد هو المذكور في اصول فخر الاسلام ومبسوط شيخ الاسلام لمحمد ان التكرار يتحقق اي الفوائت ست صلوات وهو المفضي الى الحرج المسقط للقضاء فيكون الاعتبار به وقوله هو هو المأثور عن علي وابن عمر اي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور والله تعالى اعلم

باب سجود التلاوة

كان من حق هذا الباب ان يقترن بسجود السهو لان كلاهما سجدة لكن لما كانت صلوة المريض بعارض سماوي كالسهو الحقها المناسبة بها فتأخر سجود التلاوة ضرورة وهو من قبيل اضافة الحكم الى سببه فان قيل كان الواجب ان يقول سجود التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة اجيب بان التلاوة لما كانت سببا للسماع ايضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفى بها وشرطها الطهارة عن الحدث والخبث واستقبال القبلة وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض وصفتها الوجوب عندنا وموضعها ما ذكره في الكتاب اربع عشرة في اخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى من الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم والانشقاق والعلق هكذا كتب في مصحف عثمان وهو المعتمد عليه والشافعي رحمه الله لم يوافقنا في العدد الا انه يقول في الحج سجدتان وليس في ص سجدة وموضع السجدة عنده قوله ان كنتم اياه تعبدون وان المصنف احترز بقوله والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا ويقوله عنده قوله وهم لا يسأمون وبدا كلام عن مذهبه احتج الشافعي على ان في الحج سجدتين بحديث عقبة بن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فضلت الحج بسجدتين من لم يسجدهما لم يقرأها ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر قال سجدة التلاوة في الحج هي الاولى والثانية سجدة الصلوة وتعضده قرانها بالركوع في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اركعوا واسجدوا وتأويل ما روي فضلت بسجدتين احداهما سجدة التلاوة والثانية سجدة الصلوة واستدل الشافعي رحمه الله على ان السجدة في ص سجدة شكر بما روي انه عليه السلام تلاها في خطبته سورة ص فلم يسجد اذ هيأ للسجود فقال علي كرم الله وجهه لبشراهم انها توبة نبي وقد قال النبي عليه السلام سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا الله قلنا هذا لا ينفي كونها سجدة تلاوة اذ ما من عبادة يأتي بها الا وفيها معنى الشكر وقد روي انه عليه السلام سجدها في خطبته فدل على انها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها ولئن سلم انه لم يسجدها في خطبته

فذلك كان تعليما للجواز تأخيرها وقد روي أن رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رأيت فيما يرى النائم كأني أكتب سورة ص فلما انتهيت إلى موضع السجدة سجدت الدواة والقلم فقال عليه السلام ونحن أحق بها من الدواة والقلم فأمر حتى تليت في مجلسه وسجدها مع أصحابه وقوله هو المأخوذ للاحتياط لأنها إن كانت عند الآية الثانية لم يضر تعجيلها وإن كانت عند الأولى جاز تأخيرها إلى الآية الثانية وكان فيما قلنا خروج عن العهدة بيقين **قال** والسجدة واجبة هذا بيان صفتها ذهب الشافعي رحمه الله إلى أن السجدة في هذه المواضع سنة لما روي أن زيد بن ثابت رضي الله عنه قرأ سورة النجم بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسجد لها ولا سجد لها النبي عليه السلام فدل على أنها لم تكن واجبة وقلنا هي واجبة على التالي والسامع قصد سماع القرآن أو لم يقصد وإنما قيد بهذا لأن في بعض لفظ الآثار السجدة على من جلس لها وفيه إيهام أن من لم يجلس لها فليست عليه فقيد بذلك دفعا لذلك والدليل على وجوبها قوله صلى الله عليه وسلم السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وكلمة على للإيجاب وهو أي الحديث غير مقيد بالقصد واعترض بأنها لو كانت واجبة لما أديت في ضمن الصلاة وركوعها ولما تداخلت ولما أديت بالإيماء راكبا من يقدر على النزول وأجيب بأن أداءها في ضمن شيء لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي إلى الجمعة يتأدى بالسعي إلى التجارة وإنما جاز ذلك لأن المقصود منها إظهار الخضوع والخشوع وذلك يحصل بما ذكر والتداخل وجواز أدائها بالإيماء راكبا لأنه لما وجبت فإن تلاوته على الدابة شروع فيما يجب به السجدة وكان كالشروع على الدابة في التطوع والجواب عن حديث زيد أن الاحتجاج به إنما يتم إذا ثبت أنه صلى الله عليه وسلم لم يسجد تلك السجدة حتى خرج من الدنيا فإنا لم نقل بوجوبها على الفور ويجوز أن يكون سجدها في وقت آخر واعلم أن صاحب الهداية قال يحصل هذا اللفظ يعني قوله السجدة على من سمعها الحديث في سائر الشروح من المبسوط والأسرار والمحيط وشرح الجامع الصغير من ألفاظ الصحابة لا من الحديث وأقول إن لم يكن المصنف ممن لم يطالع الكتب المذكورة فلولا أنه ثبت عنده كونه حديثا فإنه رحمه الله أعظم ديانة من أن يتوهم به ذلك قوله وإذا تلا الإمام السجدة ظاهر **وقوله** لأن السبب قد تقرر ولا مانع وكل ما تقرر مقتضيه وانتفى مانعه تحقق لا محالة بخلاف حالة الصلاة فإن المانع موجود لأنه يؤدي إلى خلاف موضع الإمامة أن يسجد التالي أولا وتابعه الإمام ولا المتبوع تابعا والتابع متبوعا أو التلاوة إن سجد الإمام أولا وتابعه التالي فإن التالي إمام السامع فيجب أن يتقدمه في سجوده التالي قال عليه السلام للتالي كنت إمامنا لو سجدت سجدنا فإن قلت هذه ليست بقسمة حاصرة لجواز أن يسجد التالي دون الإمام أو بالعكس فالجواب أن في ذلك مخالفة الإمام وهي مفسدة فلم يذكرهما لكون ذلك مفروغا عنه في عدم الجواز وقلنا إن المقتدي محجور عن القراءة لأن الحجر هو المنع من التصرف على وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه من جهة غيره والمقتدي بهذه الصفة لأنه ممنوع عن القراءة والقراءة تنفذ عليه من جهة إمامه قال عليه السلام من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة وكل من هو محجور لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة حكم التصرف الذي هو القراءة فلا يثبت والله أعلم **وقوله** بخلاف الحائض جواب عما يقال المقتدي في كونه ممنوعا عن القراءة كالحائض والجنب والسجدة تجب على من سمعها منهما فكذا على من سمع من المقتدي ووجهه أنهما منهيان عن القراءة كالحائض والجنب والتصرفات المنهي عنها ينعقد حكمها لما عرف من أصلنا أن النبي صلى الله عليه وسلم النهي صلى الله عليه وسلم أن النهي عن الأفعال الشرعية لا يعدم المشروعية فإن اختلج في ذهنك أن القراءة فعل حسي فالنهي عنه يعدم المشروعية فعليك بتقرير ما في تقريرنا تجد ما لم يسبق إليه فإن قيل لو كان كذلك لوجبت على الحائض بتلاوتها وسماعها لكنها لا تجب أجيب بما معناه إنما لم تجب عليها لانعدام أهليتها الصلاة

وذلك

وذلك لأن السجدة ركن من الصلاة والحائض لا تلزمها الصلاة مع تقرر السبب فلا تلزمها السجدة أيضا بخلاف الجنب فإن الصلاة تلزمه فكذلك السجدة وقوله ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها يعني بالاتفاق وقوله هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم إنه على الاختلاف لا يسجدها عندهما ويسجد عند محمد وجه الصحيح ما ذكر في الكتاب أن الحجر ثبت في حقهم لأن علة الحجر هي الاقتداء وهو مختص بهما فعلا فلا يعدوهما ورد بأن المقتدي إما أن يكون محجورا أو لا والأول يستلزم العدم والثاني شمول الوجوب والجواب أنه محجور بالنسبة إلى من وجد في حقه علة الحجر وغير محجور بالنسبة إلى من لم يوجد وهو الخارج وإن سمعوا وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة لم يسجدوها في الصلاة لأنها ليست بصلاتية لأن سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصلاة لأن أفعال الصلاة إما أن يكون فرضا أو واجبا أو سنة وهذا السماع ليس بشيء من ذلك وما ليس من أفعال الصلاة لا يجوز أن يؤتى به فيها لكنهم يسجدونها بعدها لتحقق سببها وهو السماع ممن ليس بمحجور ولو سجدوها في الصلاة لم تجزهم ولم تفسد صلاتهم لظاهر الرواية أما عدم الجواز فلأنه أي لأن هذا السجود ناقص لمكان النهي وهو منع الشرع عن إدخال ما ليس من أفعال الصلاة فيها فلا يتأدى به الكامل وهي السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور فإن وجب كاملا لا يتأدى ناقصا ورد بأنا لا نسلم أنها وجبت كاملا فإنها وجبت في وقت كان خلط غير أفعال الصلاة بأفعالها حراما وكانت كالعصر وقت الاصفرار وجبت ناقصة فتؤدى ناقصة والجواب أن الوقت لو كان سببا لها لكان الأمر كما ذكرت لكنه ليس كذلك بل سببه ما ذكرنا ولا تعلق له بالوقت وإعادتها لتقرر سببها وهو ما ذكرنا وأما عدم فساد الصلاة فلأن الفساد إنما يكون بتركها أو بإتيان ما ينقضها ولم يتركوها وما أتوا بما ينقضها لأن مجرد السجدة لا ينافي إحرام الصلاة لا يقال بأن ذلك زيادة من أفعال الصلاة وذكر في النوادر أنها تفسد لأنهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل ما ذكر في النوادر قول محمد وهو جواب القياس وما ذكرها هنا قولهما وهو جواب الاستحسان بناء على أن زيادة ما دون الركعة لا يفسدها عندهما وعلى قوله زيادة السجدة يفسدها وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في سجدة الشكر فعند محمد السجدة الواحدة عبادة مقصودة وهذا الحكم بأن سجدة الشكر مسنونة فتفسد بشروعه في واجب قبل إكمال فرضه وعند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف أنها غير مسنونة والسجدة الواحدة بمنزلة الركعة في كونها ركنا من أركان الصلاة غير مستقلة عبادة فإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه فإما أن دخل بعد ما سجد الإمام أو قبله فإن كان الأول لم يكن عليه أن يسجدها لأنه صار مدركا لها أي للسجدة بإدراك تلك الركعة وهذا يشير إلى أنه لو أدرك الإمام في الركعة الأخرى لم يصر مدركا للسجدة فينبغي أن يسجدها خارج الصلاة لأنه لما لم يدرك الركعة لم يكن مدركا للقراءة ولا لما تعلق بها من السجدة وقال الإمام العتابي وأشار في بعض النسخ إلى أنها تنقطع عنه لأنها صارت صلاتية وطولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا أدرك الإمام في ركوع صلاة العيدين فإن عليه أن يأتي بالتكبيرات ولم يصر مدركا لها بإدراك الركعة في الركوع وأجيب بأن الإدراك الحقيقي ممكن لأن ما هو من جنسها وهو تكبير الركوع يؤتى به حالة الركوع فالحق به تكبيرات العيد وإذا كان الإدراك الحقيقي ممكنا لا يصار إلى الإدراك الحكمي بخلاف سجدة التلاوة فإنه ليس من جنسها ما يؤتى به في حالة الركوع ليكون حقيقة الإدراك ممكنة فيصار إلى الحكمي وإن كان الثاني سجدها لأنه لو لم يسمعها بأن أدركها الإمام سجدها معه فيها أولى وإن لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وهو التلاوة ممن ليس بمحجور عليه إذ السماع من تلاوة صحيحة على اختلاف المشايخ قيل ينبغي أن لا يسجد لأن الصحيح أن التلاوة هي السبب في حق السامع أيضا وكانت السجدة في الصلاة وكانت السجدة صلاتية فلا يقضى خارجها وأجيب

بانهم لما اختلفوا في كون التلاوة سببا في حقه او السماع وجب السجدة احتياطا لانا ان نظرنا الى التلاوة لا يلزمه
السجدة وان نظرنا الى السماع يلزمه خارج الصلاة فامرنا باداءها خارجها احتياطا **قوله** وكل سجدة وجبت في الصلاة
فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة ظاهر كلامه يبحث على الفروع والله اعلم بحقيقته ودليله ما ذكره بقوله
لانها صلوتية ومعنى الصلوتية ان تكون التلاوة الموجبة لها من افعال الصلاة ولها مزية الصلاة وكان
دونها فكاملا ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل هذا الكلي منقوض بما اذا سمع
وهو في الصلاة ممن ليس معهم في الصلاة فانها تجب في الصلاة ويسجدها بعدها كما تقدم
والثاني ما قيل ان قوله فلم يسجدها فيها غير منصور لانها تؤدى بسجدة الصلاة وان لم ينوها والثالث ما قيل
انها انما يجد في الشك فالفوات صلوتية واجيب عن الاول بان تقديره وكل سجدة صلوتية واجبة في
الصلاة وفيه نظر لان قوله وجبت في الصلاة اما ان يكون صفة موضحة وما تم ما غير عنها لان كل سجدة صلاتية
واجبة في الصلاة او صفة كاشفة وغاية التوالي وغيرها من التاكيد والمدح والذم والمقام لا يقتضيه
فالصواب ان يقال تقديره وكل سجدة عن تلاوة وجبت في الصلاة اي ثبتت وعن الثاني بان سجدة التلاوة انما
تتأدى بسجدة الصلاة اذا اوى ابه السجدة وسجد اما اذا لم يسجد على الفور حتى قرأ بعدها ثلاث آيات وركع او
سجد للصلاة ينوي بها سجدة التلاوة فلم يجز لانها صارت دينا عليه لفوات وقتها فلا يتأدى في ضمن الغير وذلك
وقتها موسع في سجدة كان اداء لا قضاء واجيب بان ذلك عند محمد وفي رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وفي
رواية عن ابي حنيفة ان وجوبها على الفور لا التراخي فيجوز ان يكون المصنف اختار ذلك وعن الثالث بانه خطأ
مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر **قال** ومن تلا سجدة فلم يسجدها هذا البيان التداخل يعني
التلاوة اي ومن تلا آية سجدة خارج الصلاة ولم يسجدها حتى دخل في الصلاة فاعادها اي تلاوة تلك الآية
ولم يتبدل مجلس الصلاة عن مجلس التلاوة وسجد في الصلاة اجزأته السجدة التي سجدها عن التلاوتين لان الثانية
لكونها صلوتية اقوى فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد سجدة اخرى بعد الفراغ من الصلاة لان الصلوتية
ان كانت اقوى فللاولى ايضا قوة السبق فاستويا فلا يكون احدهما اولى بالاستتباع وجواب ظاهر الرواية
ان للثانية بعد التساوي قوة الاخرى وهو الاتصال بالمقصود اي اتصالها التلاوة بما هو المقصود اي
الحكم وهو السجود فترجحت بها واستتبعت وعورض بان الحاق الاولى بالثانية خلاف موضع التداخل لان
السابق قد مضى واضمحل فكيف يلحقها باللاحق واجيب بان السابق قد يكون تبعا اذا كان اللاحق اقوى كالسنة
قبل الفريضة وقوله وان تلاها يعني خارج الصلاة فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها اي تلك الآية وجب عليه
ان يسجد بها لان الثانية هي المستتبعة لما قلنا انها لكونها صلوتية اقوى وان كانت مستتبعة لا وجه لالحاق
اي السجدة المفعولة بالاولى اي التلاوة الاولى لانها ان الحقت بها وهي تابعة للثانية كانت السجدة سابقة
بالتلاوة الثانية وذلك يؤدي الى سبق الحكم قبل السبب فتبين ان التداخل في هذا النوع متعذر
فيجب سجدة ثانية للتلاوة الثانية واياك ان ترد ضمير الحاقها الى التلاوة الثانية لما فعله بعض الشارحين
واعترض على المصنف فانه فاسد فتامل وفيه بحث من وجوه ان الصلوتية انما رجحت في المسألة الاولى انضمامها
المقصود وههنا مع الاولى السبق والاتصال بالمقصود مع الثانية كونها صلوتية فقط فانى تستتبعها
ويمكن ان يجاب عنه بالتفسير انما كان على وجه التنزل من المصنف والا فكونها صلوتية اقوى من السبق
لا بثباتها الا ترى انه اذا ادامه فيها ينقض الوضوء دون غيرها وبالنظر الى ذلك تم التدليل فان قال
ومن كرر تلاوة سجدة ذكر مسئله وبين التداخل وقال والاصل ان مبنى السجدة على التداخل يعني في
الاستحسان والقياس ان يجب لكل تلاوة سجدة سواء كانت في مجلس واحد او لم تكن لان السجدة حكم التلاوة
والحكم يتكرر بتكرر السبب ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله دفعا للحرج وذلك ان المعلمين المتعلمين محتاجون الى

تعليم

تعليم القرآن وتعليمه وذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالزام التكرار في السجدة مفض الى الحرج لا محالة
والحرج مدفوع وقد صح ان جبريل صلوات الله عليه وسلم كان ينزل بآية السجدة على رسول الله صلى الله عليه
وسلم ويكررها عليه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجدها مرة واحدة تعليما لجواز التداخل دفعا للحرج
ثم التداخل اما ان يكون في السبب او في الحكم والاليق بالعبادات الاول وبالعقوبات الثاني وذلك
لان التداخل اذا كان في الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية على تعددها فبقاء وجود السبب الموجب
للعبادة بدونها ودليله لكن ترك الاحتياط فيما يجب فيه الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب فيها ليكون جميعها
بمنزلة سبب واحد يترتب عليه حكمه اذا وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس واما العقوبات فليس مما يحتاط فيها
بل درؤها فيجعل التداخل في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافا الى عفو الله وكرمه فانه
هو الموصوف بسبوغ العفو وكمال الكرم وثمرة ذلك تظهر فيما اذا تلا آية سجدة في مكان فسجد لها ثم تلاها
فيه مرات فانه يكفيه تلك السجدة المفعولة اولا ولو لم يكن التداخل في السبب لكانت التلاوة التي بعد
السجدة سببا وحكمه وقد تقدم ذلك لا قوله وامكان التداخل اي الامكان الشرعي بيان لدليل الجمع وهو
اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات الا ترى ان شطري العقد يجمعهما المجلس وان تفرقا بالاقوال فاذا اختلف
عاد الحكم الى اصله وهو وجوب التكرار لعدم الجامع فان قيل ما بال الجامع لم يجمع بين الآيات في مجلس
كما جمع بين المرات فيه قلنا لعدم الحرج فان آيات السجدة محصورة والغالب عدم تلاوة الجمع في مجلس
بخلاف التكرار للتعليم فانه ليس بمحصور وسبق في مجلس ثم اختلاف المجلس انما يكون بالذهاب عنه بعيدا فالجمع
ان كان مشى خطوتين عرض المسجد وطوله فهو قريب وان كان اكثر من ذلك فهو بعيد ولا يختلف بمجرد القيام لانه
مستحب في الاتيان بالسجدة لان الخرور الوارد في القرآن سقوط من القيام بخلاف المخيرة فان خيارها
يبطل بمجرد القيام لكونه دليل الاعراض فان من حزبه امر وهو قائم يقعد لكون القعود اجمع للرأي
فاذا قامت دل على الاعراض صريحا ودلالة وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وكلامه واضح وقال صاحب
النهاية وهذا اللفظ يعني قوله وفي المنتقل من غصن الى غصن وفي الدياسة لا يتكرر كذلك في الاصح وكذلك
في الدياسة يدل على اختلاف المشايخ في المنتقل من غصن الى غصن وفي الدياسة لا في تسدية الثوب
لانه قطعها بالجواب من غير تردد ثم بين جواز الثاني بذكر الاصح وليس بواضح لجواز ان يكون قوله في الاصح
متعلقا بالمسئلتين جميعا وقوله للاحتياط يجوز ان يكون وجه الاصح في الصور الثلاث المذكورة ووجهه بانه
بالنظر الى اتحاد العمل واتحاد اسم المجلس ولا يتبدل المجلس فلا يتكرر الوجوب وبالنظر الى حقيقة اختلاف المكان
يتكرر الوجوب فقلنا بالتكرار للاحتياط **وقوله** ولو تبدل مجلس التالي واضح وقوله على ما قيل يعني
به قول فخر الاسلام ان مجلس التالي اذا تكرر دون السامع تكرر الوجوب على السامع لان الحكم يضاف الى السبب
وكانه اختار ان السبب هو التلاوة والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا يعني ان السبب في
حقه السماع وكان مجلسه متحدا وهو قول الاسبيجابي قيل وعليه الفتوى ومن اراد السجود كبر ولم يرفع
يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة التلاوة ذي قوله اعتبارا بسجدة الصلاة اشارة الى ان
التكبير فيها سنة كما في المشبه به وقوله ولم يرفع يديه احتراز عن مذهب الشافعي رحمه الله فان
صفتها عنده ان يرفع يديه ناويا ثم يكبر للسجود ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ويسلم ولم يذكر ما يقوله في
السجود فقيل يقرأ فيها سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا والاصح ان يقول فيها ما يقول في سجدة
الصلاة وان لم يذكر شيئا لم يضره لانها لا تكون اقوى من سجدة الصلاة ولم يذكر فيها شيئا جاز فكذلك
هذه **وقوله** ولا تشهد عليه ولا سلام نفي لقول بعض اصحاب الشافعي الذين لم ياخذوا بقوله وقالوا
ان فيها تشهدا وسلاما وقوله لان ذلك اي التشهد والسلام للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي معدومة

فإن قيل لا نسلم أنها محدثة لأنه قال كبر والتكبير للتحريم بالنص أجيب بأنه ليس كل تكبير للتحريم ألا ترى
أن تكبير السجود فإنه ليس للتحريم وهذه السجدة لما أشبهت سجدة الصلوة سُنّ فيها التكبير للمشابهة
وقوله يشبه الاستنكاف يعني أن الاستنكاف حرام لأنه كفر فيكون ما يشبهه مكروها وقوله لا منفعة
على السامعين قال في المحيط إن كان التالي وحده يقرأ كيف شاء من جهر وإخفاء وإن كان معه جماعة
قال مشايخنا إن كان القوم متهيئين للسجود ويقع في قلبه أنه لا يشق عليهم أداء السجدة ينبغي أن يقرأ
جهرا حتى يسجد القوم معه لأن في هذا حثا لهم على الطاعة وإن كانوا محدثين أو وقع في قلبه أنه يشق
عليهم أداء السجدة ينبغي أن يقرأ في نفسه ولا يجهر تحرزا عن تأثيم المسلم وذلك مندوب إليه والله أعلم

باب صلاة المسافر

لما كان السفر من العوارض المكتسبة
ناسب أن يذكر مع سجدة التلاوة لأن التلاوة أيضا كذلك ويؤخر عنها لأنها عبادة دونه والسفر في
اللغة قطع المسافة وليس بمراد ههنا بل المراد قطع خاص وهو أن يتغير به الأحكام فقيده بذلك
وذكر القصد وهو الإرادة الحادثة المقارنة لما عزم لأنه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلاثة أيام
لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك فكان المعتبر في حق تغير الأحكام اجتماعهما
فإن قيل الإقامة تثبت بمجرد النية فما بال السفر وهو ضده لم يكن كذلك أجيب بأن السفر فعل ومجرد
القصد لا يكفي فيه والإقامة ترك وهو يحصل بمجردها ويجيء نظيره في كتاب الزكوة في العبد للخدمة
ينوي أن يكون للتجارة وعكسه إن شاء الله تعالى والأحكام التي تتغير بالسفر هي قصر الصلوة وإباحة
الفطر وامتداد مدة المسح إلى ثلاثة أيام وسقوط وجوب الجمعة والعيدين والأضحية وحرمة
الخروج على الحرة بغير محرم فإن قيل فكما أن القصد لا بد منه للتغير فكذلك مجاوزة بيوت مصره ولم يذكره
أجيب بأنه بصدد بيان تعريف السفر وما ذكره من شرط تغيره وسنذكره **وقوله** سير الإبل بالنصب
يدل على قوله مسيرة ثلاثة أيام أيضا وقوله عم الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير معناه
أن الألف واللام في المسافر للجنس لعدم معهود فتكون الرخصة وهو المسح عاما بالنسبة إلى من هو
من هذا الجنس وذلك يستلزم أن يكون التقدير بثلاثة أيام أيضا عاما بالنسبة إلى ذلك وإلا لكان
نقيضه صادقا وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلاثة أيام ولياليها ويلزم الكذب المحال على الشارع إن كانت
الجملة خبرية معنى إنشاء وإن عدم الامتثال لأمر إن كانت طلبية وذلك لا يجوز واعترض بوجهين
أحدهما أن هذا إنما يلزم أن لو كان ثلاثة أيام ظرفا للمسح ولم لا يجوز أن يكون ظرفا لقوله المسافر حتى يكون
معناه والمسافر ثلاثة أيام ولياليها يمسح وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فيجوز أن يكون المسافر
يوما وليلة أو أقل يمسح يوما وليلة آخر ونحو ما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا أهل
مكة لا تقصروا في أدنى من أربعة برد من مكة إلى عسفان والثاني أنه متروك الظاهر لأن
ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلاثة أيام ولياليها وذلك ليس بشرط بالاتفاق وعن الجواب عن الأول أن
راوي الحديث عبد الوهاب بن مجاهد وهو ضعيف عند النقلة جدا حتى كان سفيان يرميه بالكذب
فبقي القول بالمسح للمسافر يوما وليلة قولا بلا دليل سلمناه لكن لا يجوز أن تكون ثلاثة أيام ظرفا للمسافر
وإلا لكان في قوله يمسح المقيم يوما وليلة كذلك وكان حكم المقيم والمسافر في مدة المسح واحدا في بعض
الصور وفي ذلك التسوية بين حكم الراحة والمشقة وهو خلاف موضوع الشرع وعن الثاني بأن المراد
للاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل مدة السفر تيسيرا وقدر أبو يوسف وهو رواية المعلى عنه بيومين
والأكثر من اليوم الثالث لأن الأكثر ثلاث تدنيا في مسيرة ثلاثة أيام فيجعل السير فيبلغ قبل الوقت ليساعده ولا
يعتد بذلك والشافعي رحمه الله قدره في قوله بيوم وليلة وربما يستدل على ذلك بحديث عبد الوهاب

وكفى

وكفى بالسنة يعني ما رويناه حجة عليهما **وقوله** وهو قريب من الأول أي التقدير بثلاث مراحل قريب
إلى التقدير بثلاثة أيام لأن المعتاد في السير في كل يوم مرحلة خصوصا في قصر أيام السنة وقوله هو الصحيح
احتراز عن قول عامة المشايخ فإنهم قدروها بالفراسخ ثم اختلفوا فقال بعضهم أحد وعشرون فرسخا
وقال آخرون ثمانية عشر وآخرون خمسة عشر وقوله ولا يعتبر بالسير في الماء يعني إذا كان لموضع
طريقان أحدهما في الماء يقطع بثلاثة أيام ولياليها إذا كانت الريح هادية والثاني في البر يقطع بيوم أو
بيومين لا يعتبر أحدهما بالآخر فإن ذهب إلى طريق الماء قصر وإن ذهب إلى طريق البر [illegible] ولا
عالية كما في الجبل فإنه ثلاثة أيام ولياليها في السير فيه وإن كانت تلك المسافة في السهل تقطع بما دونها
قال وفرض المسافر في الرباعية ركعتان القصر في حق المسافر رخصة إسقاط عندنا وربما عبر
بعض المشايخ عنه بالعزيمة ورخصة عند الشافعي أي رخصة ترفيه ففرضه عندنا ركعتان لا يزيد عليهما وعنده
فرضه الأربع واعتبره بالصوم قال هذه رخصة شرعت للمسافر فيتخير فيهما كما في الصوم ولنا أن الشفع الثاني
لا يقضى ولا يأثم على تركه وهذه آية النافلة وهو ظاهر وقوله بخلاف الصوم جواب عن قياس الخصم بأن الصوم
يقضى يعني أن ترك الشيء بلا بدل آية علامة كونه نافلة وما ذكرتم ترك ببدل وهو القضاء فلا يرد علينا وفيه
بحث من وجهين أحدهما أن هذا التعليل في مقابلة النص لأن الله تعالى قال فليس عليكم جناح أن تقصروا من
الصلوة ولفظة لا جناح يذكر للإباحة دون الواجب ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سماه صدقة فالمتصدق
عليه بالخيار في القبول وعدمه والثاني أن القصر لو لم يكن رخصة لم يكن عليه نصا ولا إثم وإذا كان فرضا فلم
يكن ما ذكرتم آية النافلة والجواب عن الأول أن النص مشترك الإلزام أما الآية فلأن الله تعالى قال
أن تقصروا من الصلوة إن خفتم علق القصر بالخوف وهو ليس بشرط لقصر ذات الصلوة بالاتفاق ولا بد
من إعماله فكان متعلقا بقصر الأوصاف من ترك القيام إلى القعود أو ترك الركوع والسجود إلى الإيماء لخوف
عدو أو غيره وعندنا قصر الأوصاف عند الخوف مباح لا واجب وأما الحديث فلأن التصدق بما لا يحتمل التمليك
من غير مفترض الطاعة كالعتاق والطلاق والقصاص إسقاط محض لا يرتد بالرد فلأن يكون من مفترض
الطاعة أولى وعن الثاني بأنه لما أتى مكة صار مستطيعا فيفترض عليه وبأنه ترك بها كالأغنياء **وقوله**
وإن صلى أربعا ظاهر وقوله وإن لم يقعد قدرها أي قدر قعدة التشهد بطلت صلوته لاختلاط النافلة
بها قبل إكمال أركانها لأن القعدة الأخيرة ركن وقد تركها فإن قيل احتياج صلوة المسافر إلى القراءة
كاحتياجها إلى القعدة وإذا لم يقرأ في الركعتين وقام إلى الثالثة ونوى الإقامة وقرأ في الأخريين
جازت صلوته عندهما خلافا لمحمد فكيف يبطل قول القعدة أجيب بأن كلامنا فيما إذا لم يقعد في الأولى
وأتم أربعا من غير نية الإقامة لئلا يكون فيه اختلاط النافلة بالفرض قبل إكماله وفيما ذكرتم ليس كذلك
فإنه إذا نوى الإقامة صار فرضه أربعا وصار قراءته في الأخريين قراءة في الأوليين لأن القعدة
الأولى لم تبق فرضا وإنما يصير مسافرا يقصر الصلوة إذا فارق بيوت المصر من الجانب الذي يخرج
منه وإن كان في غيره من الجوانب بيوت لأن السفر ضد الإقامة والشيء إذا تعلق بشيء تعلق ضده
بضده وحد الإقامة وهو الإتمام لما تعلق بهذا الموضع تعلق حكم السفر بالمجاوزة عنه وفيه الأثر
عن علي رضي الله عنه روي أنه خرج من البصرة يريد السفر فجاء وقت الصلوة فأتمها ثم نظر إلى خص أمامه
وقال لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا والخص بيت من قصب واختلفوا في قدر الانفصال من المصر
قال الإمام التمرتاشي الأشبه أن يكون قدر غلوة واعترض بأن صلوة الجمعة والعيد تجوز إقامتها
في هذا المقدار من المصر وهي لا تقام إلا في المصر فإن كان هذا الموضع من المصر كيف جاز القصر
وإن لم يكن منه كيف جازت هذه الصلوات وأجيب بأن فناء المصر إنما يلحق به فيما كان من حوائج أهله

وتقصر الصلوة ليس منطا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما
قال او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر عندنا وقال الشافعي في قول اذا نوى
اقامة اربعة ايام صار مقيما وفي قول اخر صار مقيما وان لم ينو والحجة للاول قوله تعالى
واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلوة علق القصر بالضرب
في الارض ومن نوى الاقامة فقد ترك الضرب والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه الا ان ما كان
دون ذلك بدليل الاجماع والثاني لقول عثمان رضي الله عنه من اقام اربعا اتم ولم يذكر انه
وليس بصحيح لان ترك الضرب تحصل بنية ثلثة ايام ايضا والاجماع على عدم جوازها في الاربعة
كالاجماع على ما دونها ذكره الطحاوي وقد روي عن عثمان رضي الله عنه خلاف ذلك ايضا فلا يكون
حجة ولنا ما ذكر انه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان
موجبتان فان مدة الطهر توجب اعادة ما سقط بالحيض والاقامة توجب اعادة ما سقط بالسفر كما
قدر ادنى مدة الطهر خمسة عشر يوما فلذلك تقدر ادنى مدة الاقامة ولهذا قدرنا ادنى مدة الحيض
والسفر بثلاثة ايام لكونهما مسقطتين ويقوي التقدير بمدة الطهر ما روي مجاهد عن ابن عباس وابن
عمر رضي الله عنهم انهما قالا اذا دخلت بلدة وانت مسافر وفي عزمك ان تقيم بها خمسة عشر يوما فاكمل
الصلوة وان كنت لا تدري متى تظعن فاقصر والاثر في مثله من المقدرات الشرعية كالخبر المروي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم لان العقل لا يهتدي الى ذلك وحاشاهم عن الجزاف وكان قولهم معتمدا على السماع
ضرورة لا يقال كلامه متناقض لانه اعتبرها اولا بمدة الطهر وذلك رأي منه ثم قال والاثر في
مثله يعني ما لا يعقل من المقدرات كالخبر لان ذلك اظهار معنى بعد ثبوت اصله لا ان يثبت ذلك بالرأي
لانه لا مدخل له فيه. **قال** وهو الظاهر اي الظاهر من الرواية احتراز عما روي عن
ابي يوسف ان الرعاة اذا نزلوا موضعا كثير الكلاء والماء ونووا الاقامة خمسة عشر يوما والماء
والكلاء يكفيهم لتلك المدة صاروا مقيمين وكذلك اهل الاخبية وقالوا ان نية الاقامة في المفازة
انما لا تصح اذا سار ثلثة ايام بنية السفر فاما قبل ذلك فيصح لان السفر لما لم يتم علة كانت نية الاقامة
نقضا للعارض لا ابتداء علة واذا سار ثلثة ايام ثم نوى كان ابتداء ايجاب فلا يصح الا في محله ذكره فخر
الاسلام في اصوله في العوارض المكتسبة وقوله ولو دخل مصرا واذربيجان صحيح بفتح الهمزة والراء
وسكون الذال المعجمة وقوله وعن جماعة الصحابة رضي الله عنهم مثل ذلك وروي سعد بن ابي وقاص
رضي الله عنه انه اقام بقرية من قرى نيسابور شهرين وكان يقصر وكذلك علقمة بن قيس رضي الله عنه اقام
بخوارزم سنتين يقصر الصلوة ولذلك روي عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يقال هذا مخالف لقوله تعالى واذا
ضربتم في الارض على ما مر من التقرير لان المراد به قصر الصفات كما تقدم وقوله واذا دخل العسكر ارض الحرب
حاصل معناه ان نيتهم لم تصادف محلها لان محلها موضع يكون محل قرار وليس [illegible] الفرار والقرار
كما ذكر في الكتاب فلم يكن دار اقامة ويعضده ما روي جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اقام
بتبوك عشرين يوما يقصر الصلوة وقوله وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام انما ذكره وكان يعلم حكمه
من حكم اهل الحرب لدفع ما عسى يتوهم ان نية الاقامة في دار الحرب انما لم تصح لانها منقطعة عن دار الاسلام فكانت
كالمفازة بخلاف مدينة اهل البغي لانها في يد اهل الاسلام فكان ينبغي ان تصح النية وكذا اذا حاصروهم في البحر
فقال لان حالهم يبطل عزيمتهم ليشير الى ان المحل وان كان صالحا للنية لكن ثمة مانع اخر وهو انهم انما يقيمون بعزم
فاذا حصل انزعجوا فلا يكون نيتهم مستقرة وهذا التعليل يدل على ان قوله في غير مصر وقوله في البحر ليس
بقيد حتى لو نزلوا مدينة اهل البغي وحاصروهم في الحصن لم يصح نيتهم ايضا كالمفازة عند حصول المقصود

لا يقيمون فيها وقوله في الوجهين اي في محاصرة اهل الحرب واهل البغي وقوله لانه موضع اقامة اي بيوت
المدر وذكر الضمير لان الخبر مذكر وفرق ابو يوسف بين الابنية والاخبية بان موضع الاقامة والقرار هو
الابنية دون الاخبية ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم اهل الاخبية مختلف فيها فمنهم من يقول لا يصح لانهم
ليسوا في موضع الاقامة والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة للمرء اصل والسفر عارض
يحصل عند قصد الانتقال الى مكان بينه وبينه مدة السفر وهم لا يقصدون ذلك وانما ينتقلون من ماء
الى ماء ومن مرعى الى مرعى وكانوا مقيمين ابدا. **قال** وان اقتدى المسافر بالمقيم بين هنا
حكم اقتداء المسافر بالمقيم وعكسه والاول يجوز اذا كان في الوقت ولا يجوز بعد خروجه والثاني يجوز
في الوقت وبعد خروجه وعلى هذا اذا اقتدى مسافر بمقيم في الوقت اتم صلوته اربعا لانه التزم
المتابعة لمن فرضه الاربع ومن التزم المتابعة لمن فرضه الاربع يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير
بنية الاقامة فان قيل علل تغير فرضه بالتبعية لقوله للتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك بقوله لاتصال
المغير بالسبب وهو الوقت قلت ذلك تعليل للمقيس عليه ومعناه ان الجامع موجود وهو اتصال المغير
بالسبب فان المغير في الاول هو الاقتداء وقد اتصل بالسبب وهو الوقت كما ان المغير في الثاني هو نية
الاقامة وقد اتصل بالسبب وان اقتدى به في غيره لم يجز لعدم اتصال المغير كما اذا نوى الاقامة
بعد الوقت وانما قال وان دخل معه في فائتة ولم يقل وان اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليه ما اذا
دخل مسافر في صلوة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت فانها لم تفسد وقد وجد الاقتداء بعده لان الاتمام
لزمه بالشروع مع الامام في الوقت فالتحق بغيره من المقيمين واعترض بان المتابعة لو استلزمت الاتمام
لوجب على مسافر اقتدى بمقيم فاحدث المسافر واستخلف المقيم ان يتم صلوته اربعا لانه صار متابعا
للمقيم وليس كذلك فان فرضه لا يتغير واجيب بان الاعتبار في ذلك الابتداء والمسافر كان فيه متبوعا
لا تابعا وقوله فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق ما قبله وتقريره لانه لا يتغير بعد الوقت واذا لم يتغير
كان اقتداؤه عنده لا يفيد موجبه لاستلزامه احد المحذورين لانه ان سلم على الركعتين كان مخالفا
لامامه وهو مفسد وان اتم اربعا خلط النفل بالمكتوبة قصدا والقعدة الاولى فرض في حقه نفل في حق
الامام وكذلك القراءة في الاخريين فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ان اقتدى به في اول
الصلوة او القراءة ان اقتدى به في الشفع الثاني وكلمة او لمنع الخلو دون مانعة الجمع لجواز اجتماعهما
وذلك ايضا مفسد واعترض بوجهين احدهما ان الامام لو لم يقرأ في الشفع الاول وقضاها في الشفع
الثاني ينبغي ان يجوز في هذه الصورة اقتداء المسافر به بعد خروج الوقت لكون القعدة والقراءة
فرضين على الامام ايضا كالمقتدي والثاني ان اقتداء المتنفل بالمفترض في الشفع الثاني جائز مع ان القراءة
على المفترض نفل وعلى المتنفل فرض كان اقتداء المفترض بالمتنفل واجيب عن الاول بان القضاء يلتحق بمحل
الاداء فيبقى الشفع الثاني خاليا عن القراءة وكان بناء الموجود على المعدوم وذلك لا يجوز وعن الثاني
بان صلوة المتنفل اخذت حكم الفرض تبعا لصلوة الامام ولهذا لو افسد المتنفل صلوته بعد الاقتداء
وجب قضاؤها وان اقتدى المقيمون بمسافر صلى بهم ركعتين وسلم واتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي
التزم الموافقة في الركعتين وقد ادى ما التزم ولم يتم صلوته فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه
لا يقرأ في الاصح وقوله في الاصح احتراز عما قال بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون لانهم
منفردون فيه ولهذا يلزمهم سجود السهو اذا سهوا فيه فاشبهوا المسبوق ووجه الاصح ما ذكر في الكتاب
انه مقتد تحريمة لا فعلا يعني في الشفع الثاني اما انه مقتد تحريمة فانه التزم الاداء معه في اول التحريمة
واما انه ليس بمقتد فعلا فلان فعل الامام قد فرغ بالسلام على راس الركعتين وكل من كان كذلك فهو

لاحق ولا قراءة على اللاحق لانه بالنظر الى كونه مقتديا بالتحريمة حرم عليه القراءة وبالنظر الى كونه مقتديا فعلا يستحب له القراءة لان فرض القراءة صار مؤدى فقراءته بين كونه حراما فكان الاحتياط في الترك ترجيحا للحرمة بخلاف المسبوق لانه اذا ترك قراءة نافلة يعني في الاخريين لان الكلام فيه فبالنظر الى كونه مقتديا كانت بدعة وبالنظر الى كونه منفردا كانت فرضا لانه لم يتأد فرض القراءة فكانت عليه واجبة فان قيل فاذا كانت واجبة كيف قال في الايضاح اولى اجيب بان الاولوية لا تنافي الوجوب لان المراد بالاولوية ترجيح جانب الوجود على الترك وهو موجود في الوجوب وزيادة وفيه ما فيه وقيل ذكره بمقابلة ما ذكر من قراءة المقيمين بعد فراغ امامهم المسافر لا بالنظر في نفسه وقيل ذكره في مقابلة قوله فيتركها احتياطا ومراده ان جعله منفردا يجب عليه القراءة ولو تركها فسدت صلوته او لا من جعله مقتديا وفيه نظر لانه يجب منفردا ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر اي مسافرون وهذا يدلك على ان العلم بحال الامام بكونه مقيما او مسافرا ليس بشرط لانهم ان علموا انه مسافر فقوله هذا عبث وان علموا انه مقيم كان كذبا فدل على ان المراد به اذا لم يعلموا حاله وهو مخالف لما ذكر في فتاوى قاضي خان وغيره ان من اقتدى بامام لا يدري انه مقيم او مسافر لا يصح اقتداؤه والتوفيق بينهما ما قيل ان ذلك محمول على ما اذا بنوا امر الامام على ظاهر حال الاقامة والحال انه ليس بمقيم وسلم على راس الركعتين وتفرقوا على ذلك لاعتقادهم فساد صلوة الامام واما اذا علموا بعد الصلوة بحال الامام جازت صلوتهم وان لم يعلموا بحاله وقت الاقتداء او بهذا القول يعلم حاله في الاخرة فنقول فان قيل فعلى هذا التقدير يجب ان يكون هذا القول واجبا على الامام لان اصلاح صلوة القوم يحصل به وما يحصل به ذلك فهو واجب على الامام فكيف قال ويستحب اجيب بان اصلاح صلوتهم ليس بموقوف على هذا القول البتة بل اذا سلم على راس الركعتين وعلم عدم سهوه فالظاهر من حاله انه مسافر حملا لامره على الصلاح فكان قوله هذا بعد ذلك زيادة اعلام بانه مسافر وازالة للتهمة عن نفسه واقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فانه قال حين صلى باهل مكة وهو مسافر فكان امرا مستحبا لا واجبا وقال واذا دخل المسافر مصره اتم الصلوة

ه معناه اذا استكمل المسافر مسيرة ثلاثة ايام ثم دخل وطنه الاصلي اتم الصلوة وان لم ينوا الاقامة فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد وفيه نظر لان العزم فعل القلب وهو امر باطن وليس له سبب ظاهر يقوم مقامه بل الظاهر من حال المسافر العائد الى وطنه ان يكون في عزمه المقام فيه ولعل المراد اذ عزم جديد لمدة الاقامة خمسة عشر فان الظاهر عدمه والاستدلال بالمعقول اظهر وهو ان نيته انما تعتبر لصيرورة المسافر مقيما في مصر غيره لكونه ممكنه في حيز التردد بين ان يكون للسير وبين ان يكون للاقامة فاحتيج الى النية واما في مصره فهو متعين للاقامة كما كان قبل السير واما اذا لم يستكمل المسافر مسيرة ثلاثة ايام فهو بمجرد العزم على الدخول في مصره يصير مقيما ويتم صلوته وان لم يدخل لما ذكرناه من قبل انه رفض للايجاب لا ابتداء قوله ومن كان له وطن فانتقل منه اعلم ان عامة المشايخ قسموا الاوطان على ثلاثة وطن اصلي وهو مولد الرجل او البلد الذي تاهل فيه ووطن اقامة وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة خمسة عشر يوما ويسمى وطن سفر ايضا ووطن السكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر فيه الاقامة اقل من خمسة عشر يوما والمحققون قسموا الى الوطن الاصلي ووطن الاقامة ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لانه لم يثبت فيه الاقامة بل حكم السفر فيه باق والاصل ان الوطن الاصلي يبطل بالوطن الاصلي دون وطن الاقامة وقد حصلت فيترتب عليها السقوط وهي كما جاز ان يكون علة لما يأتي من الصلوات جاز ان يكون الكل واحد من احادها لا يقال كل واحد من احادها جزؤها متقدمة عليها فكيف يكون معلولا لها لانقاضها

من جنس الاقامة

الاقامة وانشاء السفر وهو ان يخرج قاصدا مكانا يصل اليه في مدة السفر لان الشيء انما يبطل بما فوقه او بما يساويه وليس فوقه شيء فيبطل بما يساويه الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وقال اتموا صلوتكم فانا قوم سفر واما وطن الاقامة فله ما يساويه وما يفوقه فيبطل بكل منهما وبانشاء السفر ايضا لانه ضده فان قيل فهو ضد للوطن الاصلي ايضا فلم لم يبطله فالجواب انما لم نبطله بالاثر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة الى الغزوات ولم ينتقض وطنه بالمدينة حيث لم يجدد نية الاقامة بعد الرجوع قوله لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع يعني الى عشرة وخمسة عشر دفعا للتحكم وهو اي اعتبارها في مواضع ممتنع لان اقامة حينئذ انما تكون بنزوله وترويح دابته والسفر لا يعري عن ذلك المقدار فيكون كل مسافر مقيما ان نوى وهو فاسد لاختلاف اللوازم الدال على عدم الاجتماع قوله الا اذا نوى مستثنى من قوله لم تتم الصلوة وقوله لان اقامة المرء مضافة الى مبيته ظاهر الا ترى ان السوقي اذا قيل له اين تسكن يقول في محلة كذا وهو بالنهار كله في السوق وقوله لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء يعني عند عدم الاداء قبل اخر الوقت لما عرف في الاصول ففي اخر الوقت ان كان مسافرا وفاتته الصلوة قضى ركعتين وان كان في اول الوقت مقيما وان كان مقيما فيه وفاتته الصلوة قضى اربعا وان كان في اوله مسافرا واعترض بان كلامنا في القضاء واذا فاتت الصلوة عن وقتها كان كل الوقت سببا لما عرف لا الجزء الاخير واجيب بان بعض المشايخ يقررون السببية على الجزء الاخير وان فات الوقت فجاز ان يكون المصنف قد اختار ذلك واقول الاعتراض ليس بوارد لان المصنف قال القضاء بحسب الاداء يعني كل من وجب عليه اداء اربع قضى اربعا ومن وجب عليه اداء ركعتين قضى ركعتين وهذا لا نزاع فيه ثم بين ان المعتبر في السببية للاداء هو الجزء الاخير من الوقت وهذا ايضا لا نزاع فيه وبه تم مراد المصنف رحمه الله واما ان السببية تنتقل بعد الفوت الى كل الوقت ليظهر اثره في عدم جواز قضاء العصر الفائت في اليوم الثاني وقت الاحمرار فذلك شيء اخر لا مدخل له في مراد المصنف وهذا واضح فتأمله يغنيك عن التطويل ولو فسر قوله القضاء بحسب الاداء بما اذا دخل المسافر في صلوة المقيم ثم ذهب الوقت ثم افسد الامام او المقتدي صلوته على نفسه فانه يقضي ركعتين صلوة السفر وقد وجب عليه اداء الصلوة اربعا واجيب بانها انما لزمته الاربع لمتابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد فعاد الى اصله الا ترى انه لو افسد الاقتداء في الوقت كان عليه ان يصلي صلوة السفر فكذا ههنا قوله والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء السفر على ثلاثة اقسام سفر طاعة كالحج والجهاد وسفر مباح كالتجارة وسفر معصية كقطع الطريق والاباق عن المولى وحج المرأة بلا محرم والاولان سببان للرخصة بلا خلاف واما الاخير فكذلك عندنا خلافا للشافعي قال الرخصة تثبت تخفيفا وما كان كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ لان اضافة الحكم الى وصف يقتضي خلافه فساد في الوضع ولنا اطلاق النصوص قال الله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر وقال صلى الله عليه وسلم فرض المسافر ثلاثة ايام ولياليها والكل كما ترى مطلق فزيادة قيد ان لا يكون عاصيا نسخ على ما عرف في الاصول ولان نفس السفر ليس بمعصية اذ هو عبارة عن خروج مديد وليس في هذا المعنى شيء من المعصية وانما المعصية ما يكون بعده كما في السرقة او يجاوره كما في الاباق فصلح من حيث ذاته متعلق الرخصة لامكان الانفكاك عما يجاوره كما اذا غصب خفا ولبسه جاز له ان يمسح عليه لان الموجب ستر قدمه ولا محظور فيه وانما هو في مجاوره وهو صفة كونه مغصوبا وموضعه اصول الفقه

باب الجمعة

مناسبة هذا الباب لما قبله ان كلا منهما يتنصف بواسطة الاول بواسطة السفر والثاني بواسطة الخطبة الا ان الاول شامل في كل ذوات الاربع والثاني خاص في الظهر والخاص بعد العام لان التخصيص بعد

العصر والجمعة من الاجتماع كالفرقة من الافتراق فالميم ساكن عند أهل اللسان والقراء يضمونها وهي فريضة
بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة
من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع أمر بالسعي إلى ذكر الله وهي الخطبة التي هي شرط جواز الجمعة
والأمر للوجوب وإذا كان السعي واجبا إليها فإلى ما هو المقصود وهو الجمعة أولى وآكد وكذلك تحريم
المباح لا يكون إلا لأمر واجب مقتضى الحكمة وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم واعلموا أن الله تعالى
كتب عليكم الجمعة في يومي هذا وشهري هذا في مقامي هذا فمن تركها تهاونا بها واستخفافا بحقها وله إمام جائر
أو عادل ألا فلا جمع الله شمله ألا فلا صلاة له ألا فلا زكاة له ألا فلا صوم له إلا أن يتوب فمن تاب تاب الله
عليه وأما الإجماع فلأن الأمة قد أجمعت على فرضيتها وإنما اختلفوا في أصل الفرض في هذا الوقت على ما
يجيء وأما المعقول فلأنا أمرنا بترك الظهر لإقامة الجمعة والظهر فريضة لا محالة ولا يجوز ترك الفريضة إلا لما
هو آكد منه ولها شروط زائدة على شروط سائر الصلوات فمنها ما هو في المصلي كالحرية والذكورة والإقامة
والصحة وسلامة الرجلين والبصر عند أبي حنيفة رحمه الله ومنها ما هو في غيره كالمصر الجامع والسلطان والجماعة
والخطبة والوقت والإظهار حتى أن الوالي لو أغلق باب المصر وجمع فيه بحشمه ولم يأذن للناس بالدخول لم تجزه
وقاض ينفذ الأحكام **قال** ولا تصح الجمعة إلا في مصر جامع • هذا بيان شروط ليست في نفس المصلي
وهو ظاهر وعرف المصر الجامع بقوله كل موضع له أمير وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود والمراد بالأمير
وال يقدر على إنصاف المظلوم من الظالم وإنما قال ويقيم الحدود بعد قوله ينفذ الأحكام لأن تنفيذ
الأحكام لا يستلزم إقامة الحدود فإن المرأة إذا كانت قاضية تنفذ الأحكام وليس لها إقامة الحدود وكذلك
المحكم واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لأنهما يفترقان في عامة الأحكام فذكر أحدهما مغنيا عن ذكر الآخر وعنه
أي عن أبي يوسف أنهم إذا اجتمعوا أي اجتمع من تجب عليهم الجمعة لا كل من يسكن في ذلك الموضع من الصبيان
والنساء والعبيد لأن من تجب عليهم مجتمعون فيه عادة قال ابن شجاع أحسن ما قيل فيه إذا كان أهلها بحيث لو اجتمعوا
في أكبر مساجدهم لم يسعهم ذلك حتى احتاجوا إلى بناء مسجد آخر للجمعة وهذا الاحتياج غالب عند اجتماع من عليه
الجمعة والأول اختيار الكرخي وهو ظاهر الرواية وعليه أكثر الفقهاء والثاني اختيار أبي عبد الله البلخي
وعن أبي يوسف رواية أخرى غيرهما بين الروايتين وهو كل موضع يسكن فيه عشرة آلاف نفر فكان عنه ثلاث روايات
وقوله والحكم غير مقصور يعني جواز إقامة الجمعة ليس بمقصور في المصلى بل يجوز في جميع أفنية المصر لأنها أي
الأفنية بمنزلة المصر في حوائج أهله وتعرف من هذا التعليل تعريفها وهو ما أعد لحوائج أهل مصر وفناء
الدار وفناء كل شيء كذلك وقال الشافعي المصر ليس بشرط وفناء بل كل قرية يسكنها أربعون من الرجال
الأحرار لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء تقام فيها الجمعة لقوله تعالى فاسعوا إلى ذكر الله من غير فصل ولما
روي أن أول جمعة جمعت في الإسلام بعد المدينة ما جمعت بجواثا وهي قرية من قرى عامر بن القيس بالبحرين
وكتب أبو هريرة إلى عمر رضي الله عنهما فسأله عن الجمعة بجواثا فكتب إليه أن اجمع فيها وحيث ما كنت والجواب
أن قوله عليه السلام لا جمعة إلا في مصر جامع يقتضي انتفاءها في القرى والصحابة رضي الله عنهم حين فتحوا الأمصار
والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجمع إلا في الأمصار والمدن وذلك اتفاق منهم على أن المصر شرط
الجمعة والآية ليست بحجة له لأن المكان مضمر فيها بالإجماع حتى لا يجوز إقامة الجمعة في البوادي بالإجماع فنحن
نضمر المصر وهو يضمر القرية وجواثا مصر بالبحرين وتسمية الراوي قرية لا ينفي ما ذكرنا لأن اسم القرية مطلق
على البلدة **وقوله** ويجوز معنى إقامة الجمعة بمنى إن كان الأمير أمير الحجاز أو كان الخليفة مسافرا وإنما
قيد مسافرا لأحد الأمرين إما للتنبيه على أنه لو كان مقيما كان بالجواز أولى وإما لنفي توهم أن الخليفة إذا كان
مسافرا وإنما قيد مسافرا لأحد الأمرين لا يقيم الجمعة كما إذا كان أمير الموسم مسافرا وفيه إشارة إلى أن الخليفة

او السلطان

أو السلطان إذا طاف حين ولأنه كان عليه الجمعة في كل مصر يكون فيه يوم الجمعة لأن إمامة غيره إنما تجوز بأمره فإمامته
أولى وإن كان مسافرا وقوله لأنها يعني منى على تأويل القرية ويجوز أن يكون التأنيث باعتبار الخبر لأن تقديره
لأنها قرية من القرى يعني أنها ليست بمصر ولا من فنائه لزيادته على الغلوة ولهذا لا يعيد بها فلا يقام فيها الجمعة
ولهما أنها تتمصر في أيام الموسم لاجتماع شرائط المصر من السلطان والقاضي والأبنية والأسواق وعدم العيد
أي عدم إقامة صلاة العيد للتخفيف لاشتغال الحاج بأعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق في ذلك اليوم
لا لعدم المصرية ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا والفرق أن عرفات فضاء ومنى فيها أبنية وقوله أما أمير الموسم
على أمور الحج لا غير يشير إلى أنه إن استعمل على مكة يقيم الجمعة بمنى لأن له الولاية حينئذ وقيل إن كان من أهل مكة
يقيمها وإن استعمل على الموسم خاصة وإن لم يكن من أهلها لا يقيم عندهما أيضا وقوله ولا يجوز إقامتها إلا للسلطان
أي الوالي الذي لا والي فوقه وكان ذلك الخليفة أو لمن أمره السلطان وهو الأمير أو القاضي أو الخطباء وقال
الشافعي ليس ذلك بشرط لما روي أن عثمان رضي الله عنه حين كان محصورا بالمدينة صلى علي رضي الله عنه بالناس
الجمعة ولم يرو أنه صلى بأمر عثمان وكان الأمر بيده ولنا أن الجمعة تقام بجمع عظيم لكونها جامع الجماعات وقد
تقع المنازعة في التقدم بأن يقول شخص أنا أتقدم وغيره يقول أنا أتقدم وفي التقديم بأن يقدم طائفة
شخصا وأخرى آخر وقد يقع في غيره أي في غير أمر التقدم والتقديم من أداء من سبق إلى الجامع والأداء في أول
الوقت وآخره فلا بد منه أي من السلطان أو من أمره تتميما لأمره وأثر علي ليس بحجة لجواز أن ذلك كان بأمر عثمان
رضي الله عنه سلمناه ولكن إنما فعل لأن الناس اجتمعوا عليه وعند ذلك يجوز لأن الناس إلى إقامة الفرض باعتبار
اجتماعهم **قال** ومن شرائطها الوقت أي ومن شرائط الجمعة الوقت وهو وقت الظهر فتصح فيه ولا
تصح بعده لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث مصعب بن عمير رضي الله عنه إلى المدينة قبل هجرته
قال له إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج وقتها أثناء صلاة الجمعة استقبل الظهر
ولا يبنيه عليها لاختلافهما أي لاختلاف الظهر والجمعة بدليل تخيير العبد إذا أذن له مولاه بالجمعة بين أن يصلي
الظهر والجمعة مع تعيين الرفق في الجمعة بالقلة ولو لم يكونا مختلفين لما خير كما في جناية العبد المدبر يجب
الأقل على مولاه من الأرش والقيمة بلا خيار لاتحادهما في المالية وبناء فرض على تحريمة فرض آخر لا يصح في
أصح الروايات وقوله ومنها أي من شرائط الجمعة الخطبة وهي اسم لما يخطب به وإنما كانت شرطا لأن النبي صلى
الله عليه وسلم ما صلاها بدون الخطبة في عمره عليه السلام وفيه بحث أما أولا فلأن فعال الخطبة إما أن يكون
ركنا أو لا يكون شرطا لأنها أقيمت مقام فرض ركعتي الظهر وذلك ركن فكذلك ما قام مقامه وأما ثانيا
فلأنها لم يشترط قيامها حالة الأداء ولو كانت شرطا لكان يراعي وجودها حال الأداء كما اشترط
قيام الطهارة وستر العورة وأما ثالثا فلأنها إذا كانت شرطا كانت من صفة وذات صلاة الجمعة لأن شرط الشيء
لازم له والحديث يدل على دوام وجوده والدوام لا يستلزم الضرورة ألا ترى أنه صلى الله عليه
وسلم لم يصل صلاة بدون سننها كرفع اليد عند التحريمة والتكبير عند كل خفض ورفع وغيرهما ولم يكن شيء من
ذلك شرطا للصلاة والجواب عن الأول أنها ليست بركن لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وصلاة الجمعة
لا تقوم بالخطبة وإنما تقوم بأركانها فكانت شرطا لأن الله أمر بالسعي إليها بقوله فاسعوا فتكون واجبة وليست
بمقصودة لذاتها لأن النداء لم يقع لها بل لما هو المقصود وهو صلاة الجمعة حيث قال إذا نودي للصلاة
من يوم الجمعة ولو كانت المقصودة لكان النداء لها ولما إن كانت مقصودة فبين وإذا لم تكن مقصودة
لذاتها وهي فرض كانت شرطا لغيرها **وقوله** ولو كانت شرطا لكان يراعي قراءة الخطبة حال الأداء
قلنا الشرط وجودها لا وجودها حال الأداء وعن الثالث بأن الدوام قد يستلزم الضرورة إذا دل الخارج
على ذلك وقد قام هاهنا على ذلك وهو أنا نعلم سقوط الظهر بترك الجمعة والفرض لا يترك لغير الفرض وكانت

فرضا فاما ان يكون فرضا لذاتها او لغيرها لا سبيل الى الاول لما ذكرنا فتعين الثاني وكان لازما من لوازمه فكان
شرطا وهي اي الخطبة قبل الصلوة به وردت السنة وشرطيتها ايضا تقتضي ذلك ويخطب خطبتين يفصل بينهما
بقعدة مقدار ثلث آيات في ظاهر الروايات وقال الطحاوي مقدار ما يمس موضع جلوسه المنبر بعد جري التوارث
ولفظ التوارث انما يستعمل في امر خطير ذي شرف وقيل هو حكاية العد ولا عن العدل وهذه القعدة ليست
بشرط عندنا بل هي للاستراحة وقال الشافعي انها شرط حتى لا يكتفي عنده بالخطبة الواحدة وان طالت التوارث
ولنا حديث جابر بن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث
يروى لنا ابن مسعود خطبة واحدة فلما اسن جعلها خطبتين يجلس بينهما جلسة وفيه كما ترى دليل على جواز الاكتفاء
بخطبة واحدة ويخطب ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث روي ان ابن مسعود رضي الله عنه لما
سئل عن هذا قال اليس تتلوا قوله تعالى وتركوك قائما كان النبي صلى الله عليه وسلم يخطب قائما حين انفض
عنه الناس بدخول العير المدينة والذي روي عن عثمان رضي الله عنه انه كان يخطب قاعدا انما فعل ذلك لمرض
او كبر في آخر عمره وقوله فتستحب فيها الطهارة يعني عن الجنابة والحدث جميعا كالاذان ووجه التشبيه به ان
الخطبة ذكر له شبه بالصلوة من حيث انها اقيمت مقام شطر الصلوة وبقيام بعد دخول الوقت كما ان الاذان
ايضا ذكر له شبه بالصلوة من حيث انه دعاء لها وقيام بعد دخول الوقت قيل في عبارته نظر لانه يدل على
ان الاذان شرط للصلوة وليس كذلك وهو غلط لان قوله كالاذان يتعلق بقوله فتستحب فيها الطهارة
لا بقوله هي شرط الصلوة ولو خطب قاعدا او غير طهارة جاز لحصول المقصود وهو الذكر والوعظ وخالف
ابو يوسف والشافعي فيما اذا خطب على غير طهارة والشافعي وحده اذا خطب قاعدا فالحق الاول ان
الخطبة بمنزلة شطر الصلوة لما في الاثر وهو ما روي عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما قالا انما قصرت الجمعة
لمكان الخطبة فكما تشترط الطهارة في الصلوة تشترط فيها وللشافعي في الثاني ان الخطبة قائمة مقام ركعتين
فيشترط فيها ما يشترط في الصلوة والجواب ما ذكرنا والحدث والجنب لا يمنعان عن ذكر الله ما خلا
القرآن في حق الجنب وما قيل الاثر انها في حكم الثواب كشطر الصلوة لا في شرائطها وقوله الا انه يكره
استثناء من قوله جاز وقوله لمخالفة التوارث يتعلق بقوله خطب قاعدا وقوله وللفصل بينها وبين
الصلوة يتعلق بقوله او على غير طهارة ولم يذكر انه يعيدها اذا كان على غير طهارة وقيل ينبغي ان يعاد
استحبابا كاعادة الاذان وقوله فان اقتصر على ذكر الله جاز يعني اذا ذكر على قصد الخطبة فقال الحمد لله
او سبحان الله او لا اله الا الله جاز عند ابي حنيفة واما اذا قال ذلك لعطاس او لتعجب فلا يجوز بالاتفاق وقالا
لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة وهو مقدار ثلث آيات عند الكرخي وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات
الى قوله عبده ورسوله لان الخطبة هي الواجبة يعني بالاجماع والتسبيحة والتحميدة او التهليلة لا تسمى خطبة
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يخطب خطبتين تشتمل الاولى على التحميد والصلوة على النبي عليه السلام
والوصية بتقوى الله وقراءة الآية وكذلك الثانية الا ان فيها بدل الآية الدعاء للمؤمنين والمؤمنات
اعتبارا للتوارث فانه جرى هكذا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولابي حنيفة قوله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله والمراد به الخطبة باتفاق المفسرين وقد اطلق عليها الذكر من غير فصل بين قليل وكثير فالزيادة
عليه نسخ وما روي عن عثمان رضي الله عنه انه لما صعد المنبر اول جمعة ولي قال الحمد لله فارتج عليه على
بناء المفعول وتخفيف الجيم اي اغلق فنزل وصلى وكان بمحضر من علماء الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد
فدل على ان هذا المقدار كاف قال ومن شرائطها الجماعة • الجماعة شرط الجمعة بالاجماع
والاختلاف في العدد عند ابي حنيفة رضي الله عنه اقلهم ثلثة اى رجال سوى الامام وعندهما اثنان سواه قال
المصنف رحمه الله الاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده لان المثنى معنى الاجماع لانه اجماع واحد بآخر

والجمعة

والجمعة مبنية عن معنى الاجتماع لما ذكر ان الجمعة مشتقة من الجماعة وفي الجماعة اجتماع لا محالة ولهما اي لابي
حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث يعني سلمنا ان الجمعة تنبئ عن الاجتماع لكن الخطاب ورد بلفظ الجمع
وهو قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والجمع الصحيح هو الثلث لكونه جمعا اسما ومعنى فان قيل فيما قاله ابو يوسف
كذلك لانه يعتبر مع الامام ثلثة اجاب بقوله والجماعة شرط على حدة وكذلك الامام فلا يعتبر الامام من
الجماعة وذلك لان قوله تعالى فاسعوا يقتضي ثلثة وقوله الى ذكر الله يقتضي ذاكرا فذلك اربعة
ويجب ان يكونوا كلهم ممن يصلح اماما حتى اذا كان احدهم صبيا او مجنونا لا يجوز وكما نفى الاثنين ما دون الثلث
نفى اشتراط الاربعين لعدم دلالة عليه بيقين وقوله وان نفر الناس اعلم ان الناس ان نفروا قبل شروعهم
في صلوة الجمعة مع الامام لا يصلي الجمعة بلا خلاف ويصلي الظهر وان نفروا بعد ما ركع فان كان قبل تقييد الركعة
بالسجدة استقبل الظهر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وبنى على الجمعة عندهما وان كان بعد ما تم بنى عليها عندهم
خلافا لزفر فانه يقول انها شرط الاداء لان التحرم منهم مقارنا بتحرم الامام ليس بشرط بالاتفاق ولو كانت
شرط الانعقاد لان الاداء قد ينفك عنها كما في المسبوق واللاحق وما هو كذلك لا يشترط دوامها كالخطبة
فاشتراط دوامها الى تقييد الركعة بالسجدة غير شرط بالاتفاق وابو حنيفة يقول نعم هو شرط الانعقاد
كما ذكرتم والانعقاد انما هو بالشروع في الصلوة والصلوة لا تتم الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس
بصلوة لكونه في محل الرفض كما تقدم فلا بد من دوامها اليها اي من دوام الجماعة الى الركعة تحقيقا للانعقاد
اي الى تمام الركعة وقوله بخلاف الخطبة جواب عن قياسهما الجماعة بها ووجهه ان الخطبة تنافي الصلوة
فان الامام هو الذي يخطب ولا يمكنه ان يخطب بالصلوة فلا يشترط دوامها وقوله ومعتبر بقاء السؤال
ظاهر وقوله ولا تجب الجمعة على مسافر واضح وقوله لان فيه حرجا يعني الحرج معناه ان سقوط فرض السعي
عنهم لم يكن لمعنى في الصلوة بل للحرج والضرر فاذا تحملوا التحقوا في الاداء بغيرهم وصاروا كالمسافر اذا صام
وقوله ويجوز للمسافر واضح وقوله واشبه الصبي يعني في ان الجمعة ليست بفرض عليهم ولو ام الصبي
فيها لم يجز فكذا من اشبهه ولنا ان هذه اي سقوط الجمعة عنهم رخصة الاسقاط باعتبار الحرج وهو رخصة
لان الخطاب عام يتناولهم الا انهم عذروا دفعا للحرج عنهم فاذا حضروا وقع عن فرضهم على ما بينا
يعني قوله لانهم تحملوه فاذا تحملوه يقع فرضا عنهم لانه لو لم يقع فرضا لكان ما فرضناه لرفع الحرج حرجا
وذلك خلف باطل اما الصبي فمسلوب الاهلية فلم يتناوله الخطاب والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وقوله
وتنعقد بهم اي بالمسافر والعبد والمريض الجمعة اشارة الى رد قول الشافعي ان هؤلاء تصح امامتهم لكن لا
تنعقد بهم في العدد الذي تنعقد به الجمعة وذلك لانهم لما صلحوا للامامة فلان يصلحوا للاقتداء اولى
وقوله ومن صلى في منزله ظاهر وقوله لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة لانه مأمور بالسعي اليها
منهي عن الاشتغال بالظهر ما لم يتحقق فوت الجمعة وهذا صورة الاصل والبدل ولا يصار الى البدل مع القدرة
على الاصل وهي ثابتة لان فواتها انما يكون بفراغ الامام عن الصلوة وفرض المسئلة قبل ذلك ولنا ان اصل
الفرض هو الظهر في حق الناس كافة لان التكليف بحسب القدرة والمكلف بالصلوة في هذا الوقت فيتمكن
بنفسه من اداء الظهر دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده فكان التكليف بالجمعة تكليفا بما ليس في الوسع
الا انه امر باسقاط الظهر باداء الجمعة عند اجتماع شرائطها فكان العدول عنها مع القدرة مكروها
وقوله هذا هو الظاهر نوع منه الى غير ذلك وهو ما نقل عن محمد ان فرض الوقت الجمعة وله اسقاطها بالظهر
وروي عنه انه قال ما ادري ما اصل فرض الوقت في هذا اليوم ولكنه يسقط الفرض عنه باداء الظهر او الجمعة
يريد به ان اصل الفرض احدهما لا بعينه يتعين بفعله ولكن ظاهر الرواية عن العلماء الثلثة ما ذكره في الكتاب
وقوله فان بدا له اي ان بدا لمن صلى الظهر في منزله قبل صلوة الامام معذورا كان او غيره ان يحضرها وتوجه

والامام فيها فاما ان يدرك الجمعة مع الامام او لا فان ادرك الصلوة مع الامام انتقض ظهره وانقلب نفلا وهذا لم يذكره في الكتاب وان لم يدرك بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع القوم وانما لم يذكر القسم القسم الاول لانه يفهم من اشارة هذا القسم لانه يشير الى ان الاتمام مع الامام لم يشترط انتقاض الظهر عندهما بل الدخول كاف واذا كان بالدخول ينتقض فبالاتمام اولى لان السعي دون الظهر اذ هو ليس بمقصود بنفسه بل هو وسيلة الى اداء الجمعة والظهر فرض مقصود وما هو دون الشيء لا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه لان الامر بها باسقاطه بها فجاز ان ينقضه وانما انتقض الظهر في الكتاب بتاويل الصلوة واذا لم يكن التوجه ناقضا لضعفه كان كما اذا توجه بعد فراغ الامام ولابي حنيفة رحمه الله ان السعي وهو المشي لا مسرعا الى الجمعة من خصائصها لكونها صلوة مخصوصة بمكان لا يمكن الاقامة الا بالسعي اليها فكان السعي مخصوصا بها بخلاف سائر الصلوات لان اداءها يصح في كل مكان واذا كان من خصائصها كان الاشتغال بركن من اركانها بجامع الاختصاص فنزل في ارتفاض الظهر احتياطا اذ الاقوى يحتاط لابانه ما لا يحتاط لابانة الاضعف وعورض بان السعي الموصل الى الجمعة مامور به وهذا السعي ليس بموصل سلمناه ولكنه ضعيف لكونه وسيلة فلا يرفض القوي سلمناه ولكن الظهر انما بطل في ضمن اداء الجمعة لان نفل العبادة قصد احرام فاذا لم يوجد لم ينتقض سلمناه لكنه ينتقض بمسئلة القارن اذا وقف بعرفات قبل ان يطوف لعمرته فانه يصير رافضا لها ولو سعى الى عرفات لا يصير به رافضا للعمرة واجيب عن الاول بان الحكم دار مع الامكان لكون الامام في الجمعة والادراك ممكن باقدار الله وعن الثاني بانه لما نزل منزلتها صار قويا وهو الجواب عن الثالث لانه صار الابطال في ضمنه كالابطال في ضمنها وعن الرابع بانه لا نقض على وجه القياس لانهما اي العمرة والجمعة سواء في الارتفاض فيه واما في الاستحسان فانه انما لا يرتفض العمرة لان السعي فيها منهي عنه قبل طواف العمرة فضعف في نفسه والسعي الى الجمعة مامور فكان في نفسه قويا ولا يلزم من ابطال القوي ابطال الضعيف وقوله بخلاف ما بعد الفراغ منها جواب عن قياسهما وهو واضح

قوله ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة الى اخره ظاهر **قال** ومن ادرك يوم الجمعة الامام و

اذا ادرك الامام وصلوة الجمعة راكعا في الركعة الثانية فهو مدرك لها بالاتفاق وان ادركه بعد ما رفع راسه من الركوع فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما ويبني عليها الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا اذ لا شك ان مراده ما فاتكم من صلوة الامام بدليل قوله ما ادركتم فصلوا فان معناه من صلوة الامام والذي فات من صلوة الامام هو الجمعة فيصلي المأموم الجمعة وكذا ان ادركه في التشهد او في سجود السهو عندهما وقال محمد ان ادرك مع الامام اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ولهذا الابتدائي الا بنية الجمعة ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط وهو الجماعة فبالنظر الى كونه ظهرا يصلي اربعا ويقعد على راس الركعتين بالنظر الى كونه جمعة ويقرا في الاخريين لاحتمال النفلية فكان في ذلك عملا بالدليلين وهو اولى من اهمال احدهما ولهما انه مدرك الجمعة في هذه الحالة لانه لا بد له من نية الجمعة حتى لو نوى غيرها لم يصح اقتداؤه ومدرك الجمعة لا يبني الا على الجمعة ولا وجه لما ذكره من اعمال الوجهين لانهما صلوتان مختلفتان فكيف يصح بناء احدهما على تحريمة الاخرى وعورض بان فيما ذكرتم تجويز الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد لان الشيء ينتفي عند انتفاء شرطه واجيب بان وجوده في حق الامام جعل وجودا في حق المسبوق كما في القراءة فاما الجمع بين صلوتين مختلفتين بتحريمة واحدة مما لا يوجد بحال والقول بما يوجد بحال اولى منه بما لا يوجد بحال فان قيل قد استدل لهما في اول البحث بالحديث وهو اقوى مما وجه قوله بعد ذلك ولهما الى اخره قلت لا تنافي في ذلك يجوز ان يستدل على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول او كان الاول استدلالا على ما اذا كان

المدرك

المدرك اكثر وذلك متفق عليه فليس الاستدلال لهما فقط بل لهم جميعا وكون الحديث يدل على المطلق الثاني لهما ايضا لا ينافيه فان قيل قد روي عن الزهري باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه من ادرك ركعة من الجمعة فقد ادركها وليضف اليها ركعة اخرى وان ادركهم جلوسا صلى اربعا وهذا كما ترى نص على ما يقول محمد رضي الله عنه فما وجه ترك الاستدلال به لمحمد قلت ضعفه فانه مما رواه الضعفاء اصحاب الزهري واما الثقات منهم كمعمر والاوزاعي ومالك فقد رووا انه من ادرك ركعة من صلوة فقد ادركها واما اذا ادرك ما دونها فحكمه مسكوت عنه ولا دليل عليه وما روي من قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا الحديث يدل على مدعاهما فاخذا به وعلى تقدير ثبوته فاوله ادركتم جلوسا قد سلموا وقوله واذا خرج الامام يوم الجمعة يعني لاجل الخطبة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته يريد به ما سوى التسبيح ونحوه على الاصح وقال بعضهم كل كلام وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا باس بالكلام قبل الخطبة وبعدها قبل التكبير لان حرمة الكلام انما هي باعتبار الاخلال بفرض الاستماع لكونه في نفسه مباحا ولا استماع ولا اخلال في هذين الوقتين بخلاف الصلوة فانها قد تمتد فيفضي الى الاخلال ولابي حنيفة حديث ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم انهما رويا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام والمصير اليه واجب فان قيل المصير اليه واجب اذا لم يكن له معارض وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا نزل عن المنبر سال الناس عن حوائجهم واسعار السوق ثم صلى اجيب بان ذلك كان في الابتداء حين كان الكلام مباحا في الصلوة فكان مباحا في الخطبة ايضا ثم نهي وبعد ذلك عن الكلام فيهما وقوله واذا اذن المؤذنون ذكر المؤذنين بلفظ الجمع اخراجا للكلام مخرج العادة فان المتوارث في اذان الجمعة اجتماع المؤذنين ليبلغ اصواتهم الى اطراف المصر الجامع والاذان الاول هو الذي حدث في زمن عثمان رضي الله عنه على الزوراء وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان على المنارة لانه لو انتظر الاذان عند المنبر يفوته اداء السنة وسماع الخطبة وربما يفوته الجمعة اذا كان بيته بعيدا من الجامع وكان الطحاوي رحمه الله يقول المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام فانه هو الاصل الذي كان للجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك في عهد ابي بكر وعمر رضي الله عنهما وهو مختار شمس الائمة في الاسلام والاصح ان المعتبر في وجوب السعي وكراهة البيع هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به مع ما ذكرنا في قول الحسن ايضا وهو مختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله

باب العيدين

اي باب صلوة العيدين لان الكلام في كتاب الصلوة حذف المضاف للعلم به وسمي يوم العيد بالعيد لان الله تعالى فيها عوائد الاحسان الى عباده ومناسبتها لصلوة الجمعة في ان كلا منهما صلوة نهارية تؤدي بجمع عظيم يجهر بالقراءة فيهما ويشترط لاحدهما ما يشترط للاخرى سوى الخطبة ويشتركان ايضا في التكليف فانها تجب على من تجب عليه الجمعة وقد تقدم الجمعة لقوتها لكونها فريضة او لكثرة وقوعها **قال**

وتجب صلوة العيد على من تجب عليه الجمعة • لا تجب صلوة العيد على المسافر والعبد والمريض كالجمعة للنص الذي ذكرناه في باب الجمعة فان قيل حال العبد ههنا ليس كهي في الجمعة اذا اذن له المولى لان للجمعة خلفا وهو الظهر فلم يجب الجمعة وههنا لا خلف فكان ينبغي ان يجب الوجوب اذا اسقط المولى حقه بالاذن اجيب بان المنافع لا تصير مملوكة له بالاذن لانها غير مستثناة على المولى فبقي الحال بعد الاذن كما قبله كما في الحج فانه لا يقع عن حجة الاسلام وان حج باذن مولاه واعاد لفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته لرواية القدوري فانه ذكر في القدوري بلفظ الواجب وفي الجامع الصغير بلفظ السنة والمراد من اجتماع العيدين كون يوم الفطر او الاضحى يوم الجمعة وغلب لفظ العيد لخفته كما في العمرين او لتذكيره كما في القمرين ولا يترك منهما واحد اما

الجمعة فلانها فريضة واما العيد فلان تركها بدعة وضلالة قوله وجه الاول مواظبة النبي صلى الله عليه وسلم
عليها في بعض النسخ وقع بلفظ من غير ترك وهو لا يحتاج الى عناية وفي بعضها ليس كذلك ويحتاج الى ان يقال
معناه ذلك وانما تركه اعتمادا على ما ذكر في الخريات اذ ذاك الفريضة ولا سنة دون المواظبة والمواظبة
انما يكون دليل الوجوب اذا كانت من غير ترك وقوله وجه الثاني ظاهر وقوله ولا يكبر عند ابي حنيفة
رضي الله عنه في طريق المصلى يعني جهرا في الطريق الذي يخرج منه الى عيد الفطر وهذه رواية المعلى
عنه وروى الطحاوي عن استاذه ابن عمران البغدادي عنه انه يكبر في طريق المصلى في عيد الفطر جهرا وبه اخذ
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اعتبارا بالاضحى وجه الاول ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به
في الاضحى لانه يوم تكبير قال الله تعالى واذكروا الله في ايام معدودات جاء في التفسير ان المراد به التكبير
في هذه الايام ولا كذلك يوم الفطر لانه لم يرد به الشرع وليس في معناه ايضا لان عيد الاضحى اختص
بركن من اركان الحج والتكبير شرع علما على وقت افعال الحج وليس في الفطر ذلك فان قيل لا نسلم ان الشرع
لم يرد به فان الله تعالى قال ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم امر بالتكبير بعد اكمال عدة ايام
شهر رمضان وروى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الفطر
ويوم الاضحى رافعا صوته بالتكبير وهذا النص في الباب اجيب بان المراد بما في الاية التكبير في صلوة
العيد والمعنى صلوا صلوة العيد وكبروا الله فيها ومدار الحديث على الوليد بن محمد عن الزهري والوليد
متروك الحديث **قال** ولا يتنفل في المصلى قبل العيد • التنفل قبل صلوة العيد
في المصلى وغيره للامام وغيره مكروه لما ذكر في الكتاب وقد وجد النهي والانكار في ذلك عن الصحابة
رضي الله عنهم كثيرا روي عن ابن مسعود وحذيفة رضي الله عنهما انهما قاما فنهيا الناس عن الصلوة
قبل الامام يوم الفطر وروي ان عليا رضي الله عنه خرج الى المصلى فرأى قوما يصلون فقال ما هذه
الصلوة التي لم نكن نعرفها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له الا تنهاهم فقال اكره ان اكون
الذي ينهى عبدا اذا صلى وقوله خاصة وعامة نصب على الحال من الضمير الذي في المستقر في الظرف
وقوله واذا حلت الصلوة عبر بالحلال عن جوازها لانها كانت حراما قبل ارتفاع الشمس لما مر في الحديث
وقوله لانه عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قيد اي قدر رمح او رمحين دليل دخول الوقت
وقوله ولما شهدوا بالهلال دليل خروج الوقت وذلك لانه صلى الله عليه وسلم امر بالخروج الى المصلى
من الغد لاجل الصلوة وكان ذلك تأخيرا بالعذر السماوي ولو لم يخرج الوقت لما فعل ذلك لان الصلوة
في وقتها اولى وفعله عليه السلام لا يحمل الا على الاولى مهما امكن وقوله ويصلي الامام بالناس ركعتين
ظاهر وحاصله ان الزوائد عندنا ثلث والموالاة في القراءة خلافا له وقوله وظهر عمل العامة اي عمل
الناس كافة بقول ابن عباس رضي الله عنهما لامر بنيه الخلفاء فان الولاية لما انتقلت اليهم امروا الناس
بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا في مناشيرهم ذلك وعن هذا صلى الامام ابو يوسف رحمه الله
بالناس حين قدم بغداد صلوة العيد وكبر تكبير ابن عباس فانه صلى خلفه هرون الرشيد وامره بذلك
وكذا روي عن محمد رحمه الله لا مذهبا واعتقادا فان المذهب هو القول الاول وهو قول ابن مسعود
رضي الله عنه وهو مذهب عمر وابي موسى الاشعري وحذيفة وابن الزبير وابي هريرة وابي مسعود
الانصاري رضي الله عنهم فكان اولى بالاخذ وقال ابو بكر الرازي حدثنا الطحاوي مسندا الى النبي
عليه السلام انه صلى يوم العيد وكبر اربعا ثم اقبل بوجهه حين انصرف فقال لا تنسوا كتكبير الجنائز
واشار باصابعه وقبض ابهامه فهذا قول وفعل واشارة الى اصل وتأكيد فلاجرم كان الاخذ به اولى
واراد بقوله اربعا اربع تكبيرات متوالية ولان الاثار في رفع التكبير ورفع الايدي من جنس الجموع

خلاف المعهود في الصلوات فكان الاخذ بالقليل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها التكبيرة الافتتاح
فكان الاصل فيه الجمع لان الجنسية علة الضم فيجب ان تكون الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها
من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها وقوله والشافعي اخذ
بقول ابن عباس الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر فيه اشتباه
لان قوله حمل المروي اما ان يريد به المروي في هذا الكتاب بقوله او لا وقال ابن عباس رضي الله عنه
يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا او غير ذلك
فان كان الثاني كان في الكلام تعقيد يعلو قدر المصنف رحمه الله عن ذلك وان كان الاول لم يبق التكبيرات
الى ذلك المقدار لان الزوائد فيه تسع او عشر وبالاصليات يكون ثنتي عشرة او ثلث عشرة وايضا قال وظهر
عمل العامة اليوم بقول ابن عباس رحمه الله ثم قال والشافعي اخذ بقول ابن عباس وذلك يقتضي ان يكون
عمل العامة اليوم على خمسة عشر تكبيرة وستة عشر وليس كذلك واراد ذلك بان يقال روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما روايتان احديهما انه يكبر في العيد ثلث عشرة وليس كذلك تكبيرة والاخرى انه يكبر ثنتي عشرة
تكبيرة فتستعملهما روايته بان ذلك انما هو باضافة الاصليات لان الاصليات ثلث تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا
الركوع في الركعتين فاذا اضفت الى خمسة وخمسة كانت ثلث عشرة واذا اضيف الى خمسة واربعة صارت ثنتي عشرة
وعلى هذا عمل العامة اليوم وحمل الشافعي المروي على الزوائد فاذا اضيفت اليها الاصليات صارت خمس عشرة
او ست عشرة فكان مراده بالمروي ما روي عن ابن عباس ولا تعقيد في ذلك لان التفسير المذكور في الكتاب
يدل عليه ومعنى قوله وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس على تفسير علمائنا لا على ما حمل عليه الشافعي
ويظهر من هذا التنبيه ان ما عليه عمل علمائنا انما هو مذهب ابن عباس لا مذهب الشافعي قال في المحيط ثم
عملوا برواية الزيادة في عيد الفطر وبرواية النقصان في عيد الاضحى عملا بالروايتين وخص الاضحى بالنقصان
لاستعجال الناس بالقرابين **وقوله** ويرفع يديه في تكبيرات العيدين ط وليس بين التكبيرات ذكر مسنون
وروي عن ابي حنيفة انه يمكث بين كل تكبيرتين بقدر ثلث تسبيحات لان صلوة العيد تقام بجمع عظيم فلو والى بين
التكبيرات يشتبه على من كان نائيا عن الامام والاشتباه يزول بهذا القدر من المكث وقال في المبسوط ليس
هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته لان المقصود ازالة الاشتباه عن القوم وذلك يختلف
بحسب كثرة القوم وقلته وعن ابي يوسف انه لا يرفع يديه لان الرفع سنة الافتتاح ولا افتتاح في الزوائد
فلا رفع كما في تكبيرة الركوع والحجة عليه ما روينا لان ما قاله قياس ترك بالاثر ويأتي بالثناء عقيب تكبيرة الافتتاح
قبل الزوائد وكذلك التعوذ عند ابي يوسف وعند محمد يتعوذ عند القراءة **قال** ويخطب بعد
الصلوة خطبتين • الخطبة في صلوة العيد تخالف خطبة الجمعة من وجهين احدهما ان الجمعة لا تجوز الا
بالخطبة بخلاف العيد والثاني انها في الجمعة مقدمة على الصلوة بخلاف العيد ولو قدمها في العيد جاز
ولا تعاد الخطبة بعد الصلوة وما في الكتاب ظ قوله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام اي ادى الامام
صلوة العيد ولم يؤدها هو لم يقضها عندنا وقال الشافعي رحمه الله يصلي وحده كما يصلي مع الامام لان
الجماعة والسلطان ليس بشرط عنده وكان له ان يصلي وحده وعندنا هي صلوة لا تجوز الا بشرائط
مخصوصة من الجماعة والسلطان فبدونها فاذا فاتت عجز عن قضائها فان قيل هي قائمة مقام صلوة الضحى ولهذا
تكره صلاة الضحى قبل صلوة العيد فاذا عجز عنها يصير الى الاصل كالجمعة اذا فاتت يصير الى الظهر اجيب
بانا ان سلمنا ذلك لا يضرنا لانه اذا عجز عاد الامر الى الاصل وهو صلوة الضحى وهي غير واجبة فيتخير وفي
الجمعة اذا عجز عاد الى الاصل وهو فرض فيلزمه اداؤه وقوله وقد ورد فيه الحديث اي المعهود وهو ما
ذكر قبل هذا بقوله ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد وما بعده ظ وقوله

والتعريف الذي يصنعه الناس انما قيّد بقوله يصنعه الناس لما انه يجيء لمعان للاعلام والطيب من العرق فهو الريح والنشاد الضالة والوقوف بعرفات والتشبه باهل عرفة وهو المراد ههنا وقوله ليس بشيء معتبر يتعلق به الثواب لما ذكر في الكتاب وما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما انه فعل ذلك بالبصرة محمول على انه كان للدعاء لا للتشبه باهل عرفة

فصل في تكبير التشريق

تكبير التشريق لما كان ذكرا خاصا بالاضحى ناسب ذكره في فصل على حدة ثم قيل ترجمة الفصل بتكبير التشريق وقع على قول لما لا اشياء من التكبير لا يقع في ايام التشريق عند ابي حنيفة ويجوز ان يقول باعتبار القرب اخذ اسمه **قال** ويبدأ بتكبير التشريق اختلف الصحابة رضي الله عنهم في ابتداء التشريق وانتهائه فاما ابتداؤه فكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم قالوا ابتداء بالتكبير بعد صلوة الفجر من يوم عرفة وبه اخذ علماؤنا في ظاهر الرواية وصغارهم كعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم قالوا ابتداء بالتكبير من صلوة الظهر من يوم النحر واليه رجع ابو يوسف في بعض الروايات عنه واما انتهاؤه فقال ابن مسعود رضي الله عنه صلوة العصر من اول ايام النحر فعنده ثمان صلوات يكبر فيها وبه اخذ ابو حنيفة رضي الله عنه وقال علي وابن عمر في احدى الروايتين عنه صلوة العصر من آخر ايام التشريق فيكون ثلاثة وعشرين صلوة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد ووجه كل من ذلك ما ذكره في الكتاب وذكر في الخلاصة ان ايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة ويمضي ذلك في اربعة ايام فان العاشر من ذي الحجة نحر خاص والثالث عشر تشريق خاص واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق وقوله هذا هو الماثور عن الخليل عليه السلام قيل اصل ذلك ما روي ان جبريل عليه السلام لما جاء بالفداء خاف العجلة على ابراهيم عليه الصلوة والسلام فقال الله اكبر الله اكبر فلما رآه ابراهيم عليه السلام قال لا اله الا الله والله اكبر فلما علم اسمعيل عليه السلام بالفداء قال الله اكبر ولله الحمد فبقي في الآخرين اما سنة او واجبا على ما نذكر وروى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال افضل ما قلت وقالت الانبياء قبلي يوم عرفة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد وقوله مرة واحدة احتراز عن قول الشافعي فانه يذكر التكبير ثلاث مرات ولم يذكر التهليل بعده قولان وقوله وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين يشير الى انه اختار كونه واجبا وهو اختيار فخر الاسلام وصدر الاسلام والاصل فيه قوله تعالى واذكروا الله في ايام معدودات فانه جاء في التفسير ان المراد به ايام العشر فيكون واجبا عملا بالامر وذهب بعضهم الى انه سنة قال الامام التمرتاشي تكبير التشريق سنة وبه قال الشافعي ومالك واحمد وفي قوله عقيب الصلوات اشارة الى انه لا يجوز ان يتخلل ما يقطع به حرمة الصلوة حتى لو قام وخرج من المسجد او تكلم لم يكبر وفي قوله المفروضات اشارة الى انه لا يكبر بعد الوتر وصلوة العيد والنافلة وقيد بالاقامة لان المسافر لا يكبر الا اذا اقتدى بمقيم وقيد بالامصار لانه لا يكبر في القرى وقيد بالجماعات لانه لا يكبر على المنفرد وقيد بالمستحبة احترازا عن جماعة النساء فانه لا يكبر عليهن اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو واجب على كل من يصلي المكتوبة لانه تبع لها وله ما روينا من قبل يريد به ما ذكر في اول باب الجمعة وهو قوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع فان قيل هذه التكبيرات شرعت تبعا للمكتوبات فكيف يشترط لها ما لم يشترط للمتبوع قلنا بالنص على خلاف القياس واختلف المشايخ على اشتراط الحرية على قوله فمنهم من شرطها قياسا على الجمعة والعيد ومنهم من لم يشترطها قياسا على سائر الصلوات وفائدته تظهر فيما اذا ام العبد صلوة مكتوبة في هذه الايام فمن شرطها لم يوجب التكبير ومن لم يشترط اوجبه قال الفقيه صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رضي الله عنه دل اي قول ابي يوسف على ان الامام وان ترك التكبير لا يتبعه المقتدي لما ذكره في الكتاب بخلاف سجود السهو فانه اذا تركه الامام لا يجب على المقتدي لانه يؤتى به في حرمة الصلوة بخلاف التكبير ولكن انما يكبر القوم قبل الامام اذا وقع اليأس عن تكبير الامام بان قام وقيل في ذكر هذه الحكاية فوائد منها بيان منزلته عند استاذه حيث قدمه واقتدى به ومنها بيان حرمة استاذه

في قلبه فانه لما علم ان المقتدي به استاذه سهى عما لا يسهو المرء عنه عادة وهو التكبير ومنها مبادرة استاذه الى الستر عليه حيث كبر ليتذكر هو فكبر وهكذا ينبغي بين كل استاذ وتلميذ يعني ان التلميذ معظم والاستاذ يستر عيب تلميذه

باب صلوة الكسوف

قرن صلوة الكسوف بصلوة العيد لانهما تؤديان بالجماعة في النهار بغير اذان واقامة واخرها عن العيد لان صلوة العيد واجبة في الاصح على ما مر يقال كسفت الشمس تكسف كسوفا وكسفها الله كسفا يتعدى ولا يتعدى قال جرير يرثي به عمر بن عبد العزيز

الشمس طالعة ليست بكاسفة ... تبكي عليك نجوم الليل والقمرا

قيل معناه ليست بكاسفة ضوء النجوم عند طلوعها ولكن لقلة ضوئها وبكائها عليك لم يظهر لها نور وقيل معناه يغلب النجوم في البكاء يقال باكيته فبكيته اي غلبته في البكاء وهي مشروعة اجمعت الامة على ذلك وسبب شرعيتها الكسوف ولهذا انضاف اليه وشروطها شروط سائر الصلوات وهي سنة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاها وكيفية ادائها ان يصلي امام الجمعة في الجامع او في المصلى في الاوقات المستحبة بالناس ركعتين كهيئة النافلة بلا اذان ولا اقامة بركوع واحد وقال الشافعي اذا كسفت الشمس في وقت مكروه او غيرها يؤدي الصلوة جامعة وصلى الامام بالناس ركعتين يقرأ في الاولى بفاتحة الكتاب وسورة البقرة ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع رأسه ويقوم ويقرأ سورة آل عمران ان حفظها والا فما يعدلها من غيرها ثم يركع ثانيا ويمكث في ركوعه مثل ما مكث في قيامه هذا ثم يرفع رأسه ثم يسجد سجدتين ثم يقوم ويمكث في قيامه ويقرأ فيه مقدار ما قرأ في القيام الثاني من الركعة الاولى ثم يركع ويمكث في ركوعه مثل مكثه في هذا القيام ثم يقوم ويمكث في قيامه مثل ما مكث في الركوع ثم يركع ويمكث فيه مثل ما مكث في قيامه ثم يرفع رأسه ويقوم مثل ثلثي قيامه في القيام الاول من هذه الركعة ثم يسجد سجدتين ويتم الصلوة واحتج على ذلك بحديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلوة الكسوف ركعتين باربع ركوعات واربع سجدات ولنا حديث عبد الله بن عمر والنعمان بن بشير وابي بكرة وسمرة بن جندب رضي الله عنهم بطرق مختلفة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في كسوف الشمس ركعتين كاطول صلوة كان يصليها فانجلت الشمس مع فراغه منها واذا تعارضت الروايتان كان الترجيح لرواية ابن عمر لان الحال اكشف على الرجال لقربهم وتأويل ما رواه ما ذكره محمد رحمه الله في صلوة الاثر قال يحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم اطال الركوع زيادة على قدر ركوع سائر الصلوات فرفع اهل الصف الاول رؤوسهم ظنا منهم انه عليه السلام رفع رأسه من الركوع فمن خلفهم رفعوا رؤوسهم فلما رأى اهل الصف الاول رسول الله صلى الله عليه وسلم راكعا ركعوا فمن خلفهم ركعوا فلما رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه من الركوع رفع القوم رؤوسهم ومن كان خلف الصف الاول ظنوا انه عليه السلام ركع ركوعين فرووا على حسب ما وقع عندهم ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في آخر الصفوف وعائشة رضي الله عنها كانت واقفة في صف النساء فان قيل قد روى حديثه من الرجال ابن عباس وقد كان في صفهم اجيب بانه كان في صف الصبيان في ذلك الوقت قوله ويطول القراءة فيهما اي في الركعتين وقوله بيان الافضل لان فيه متابعة النبي صلى الله عليه وسلم فانه صح ان قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الركعة الاولى بقدر سورة البقرة وفي الثانية بقدر سورة آل عمران وقوله فاما رواية عائشة فانها روت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ قراءة طويلة يجهر بها يعني في صلوة الكسوف وله رواية ابن عباس وسمرة بن جندب رضي الله عنهم انه لم يسمع قراءته فيها حرفا والترجيح قد مر من قبل يعني قوله والحال اكشف على الرجال لقربهم فان قيل ذكر في المبسوط ان عليا رضي الله عنه روى حديثهما فان صح ذلك فما جوابه اجيب بان الجواب بالرجوع الى الاصل فانها صلوة نهارية والاصل فيها الاخفاء قال النبي صلى الله عليه وسلم صلوة النهار عجماء وقد تقدم ذلك وقوله ويدعو بعدها اي بعد صلوة الكسوف

ان شاء جالسا مستقبل القبلة وان شاء قائما وان شاء يستقبل القوم بوجهه والقوم يؤمنون وقوله من
هذه الافزاع والفزع الخوف وكلامه واضح وقوله فان لم يحضر يعني الامام صلى الناس فرادى ان شاؤا
ركعتين وان شاؤا اربعا لان هذا تطوع والاصل في التطوعات ذلك وقوله تحرزا عن الفتنة اي فتنة
التقدم والتقدم والمنازعة فيهما وقوله وليس في كسوف القمر جماعة عاب اهل الادب محمدا في هذا اللفظ
وقالوا انما يستعمل في القمر لفظ الخسوف قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر وقال في المغرب يقال كسفت
الشمس والقمر جميعا وقوله عليه السلام فافزعوا الى الصلوة روى ابو مسعود الانصاري رضي الله عنه
قال انكسفت الشمس يوم مات ابراهيم ولد النبي عليه السلام فقال الناس انكسفت لموته فقال عليه السلام
ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا ينكسفان لموت احد ولا لحيوته فاذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال
فافزعوا الى الصلوة اي التجئوا اليها فان قيل امر والامر للوجوب فكان ينبغي ان تكون صلوة الكسوف
واجبة قلنا قد ذهب الى ذلك بعض اصحابنا واختاره صاحب الاسرار والعامة ذهبت الى كونها سنة
لانها ليست من شعائر الاسلام فانها توجد بعارض لكن صلاها النبي عليه السلام فكانت للسنة والامر
للندب وقوله وليس في الكسوف اي كسوف الشمس والقمر خطبة وقال الشافعي في كسوف الشمس يخطب بعد
الصلوة خطبتين كما في العيدين لما روت عائشة رضي الله عنها قالت خسفت الشمس على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم فصلى ثم خطب فحمد الله واثنى عليه ولنا انه لم ينقل وذلك دليل على انه لم يفعل وان صح
فتأويله انه عليه السلام خطب لان الناس كانوا يقولون انها كسفت لموت ابراهيم فاراد ان يرد عليهم

باب الاستسقاء

اخر صلوة الاستسقاء عن صلوة الكسوف لان صلوة الكسوف سنة وقال ابو حنيفة رحمه الله ليس في
الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار
لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا روي ان قوم نوح عليه السلام
لما كذبوه بعد تكرير الدعوة حبس الله عليهم القطر واعقم ارحام نسائهم اربعين سنة وقيل سبعين سنة
فوعدهم انهم ان آمنوا رزقهم الله الخصب ورفع عنهم ما كانوا فيه ووجه الاستدلال ان شرائع من قبلنا شرع
لنا اذا قص الله ورسوله من غير انكار وهذا كذلك ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه
الصلوة واما المروي عنه عليه السلام في ذلك الدعاء روى انس رضي الله عنه ان الناس قد قحطوا في زمن رسول
الله صلى الله عليه وسلم فدخل رجل من باب المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب فقال يا رسول الله
هلكت المواشي وخشينا الهلاك على انفسنا فادع الله ان يسقينا فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه
فقال اللهم اسقنا غيثا مغيثا هنيئا مريئا غدقا مغدقا عاجلا غير رائث قال الراوي ما كان في السماء قزعة
فارتفعت السحاب من ههنا وههنا حتى صارت ركاما ثم مطرت سبعا من الجمعة الى الجمعة ثم دخل ذلك الرجل
والنبي صلى الله عليه وسلم يخطب والسماء تسكب فقال يا رسول الله تهدم البنيان وانقطعت السبل فادع الله ان
يمسكه فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم لملالة بني آدم قال الراوي والله ما نرى في السماء خضراء ثم رفع يديه
فقال اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام والظراب وبطون الاودية ومنابت الشجر فانجابت السحابة عن
المدينة حتى صارت حولها كالاكليل ولم يذكر غير الدعاء وقالا يصلي الامام ركعتين لما روى انه صلى الله عليه
وسلم صلى فيها ركعتين كصلوة العيد في الجهر بالقراءة والصلوة بلا اذان واقامة رواه ابن عباس رضي الله عنه
قلنا ان ثبت ذلك دل على الجواز لا على السنية وانما الكلام في انها سنة او لا والسنة ما واظب النبي عليه السلام
عليه وههنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن فعله اكثر من تركه حتى يكون مواظبة فلا يكون سنة فان قيل كلامه متناقض
لانه قال اولا ولم يرو عنه ثم قال لما روي عنه فالجواب ان المروي لما كان شاذا فيما تعم به البلوى جعله كانه

غير مروي

غير مروي وقوله وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده يعني ان ابا يوسف مع ابي حنيفة وهكذا ذكر في المبسوط
والمحيط وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد كما ذكر في الكتاب وقوله ويجهر فيهما بالقراءة اتفقا على الجهر
بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد واختلفا في الخطبة فقال محمد هي كخطبة العيد وقال ابو يوسف خطبة
واحدة وبكل ذلك ورد الحديث ولا خطبة عند ابي حنيفة رحمه الله لانها تبع الجماعة ولا جماعة عنده
قال ابن عباس رضي الله عنهما خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم متبذلا متواضعا متضرعا حتى اتى المصلى
فرقى على المنبر فلم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير ويستقبل القبلة لما روي
انه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك روي عن ابي يوسف انه قال ان شاء رفع يديه في الدعاء وان شاء
اشار باصبعه ويقلب رداءه وصفة التقليب ان كان الرداء مربعا ان يجعل اعلاه اسفله واسفله اعلاه
وان كان مدورا بان كان جبة ان يجعل الايمن ايسر والايسر ايمن وقوله لما روي يريد به قوله لما روي
انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه قال المصنف رحمه الله هذا قول محمد واما عند ابي حنيفة
فلا تقلب ولم يذكر قول ابي يوسف لانه مضطرب ذكر الحاكم مع ابي حنيفة والكرخي مع محمد وقوله لانه
اي الاستسقاء دعاء وليس في شيء من الادعية قلب رداء فكذا هذا وقوله وما رواه كان تفاؤلا جواب
عن استدلالهم بالحديث ومعناه ان النبي عليه السلام تفاءل بتغيير الهيئة ليتغير الهواء يعني غير ما كان عليه
يعني اللهم الحال وفي كلامه نظر من وجهين احدهما انه تعليل في مقابلة النص وهو باطل والثاني
انه عليه السلام تفاءل بذلك فليتفاءل كل من يبتلى بذلك تأسيا به صلى الله عليه وسلم والجواب عن الاول
انه ليس تعليلا في مقابلة النص بل من باب العمل بالقياس بعد تعارض النصين وذلك لان ما رواه محمد يدل
على القلب وما روى انس انه يدل على انه لا تحويل فيه فتعارضا فصير الى ما بعدهما من الحجة وهو القياس
والمصنف لم يتعرض لذلك لتقدم ذكره وعن الثاني ان النبي صلى الله عليه وسلم يجوز ان يكون علم بالوحي ان الحال
ينقلب الى الخصب متى قلب الرداء وهذا مما لا يتأتى من غيره فلا فائدة في التأسي ظاهرا فيما يقتضيه القياس
وقوله ولا يقلب القوم ارديتهم قيل هو بالتشديد لان فيه تكثير الخلاف الاول وقوله لانه لم ينقل انه
عليه السلام امرهم بذلك فيه نظر لانه استدلال بالنفي وهو باطل لانه احتجاج بلا دليل ومثل هذا صنع
في اخر باب الكسوف حيث قال لانه لم ينقل والجواب ان التعليل بالنفي لا يصح اذا لم تكن العلة متعينة اما
اذا تعينت فلا بأس به لان انتفاء العلة المخصوصة يستلزم انتفاء الحكم الا ترى الى قول محمد في ولد المغصوب انه
لا يضمن لان الغصب لم يرد عليه وموضعه اصول الفقه فان قيل قد روي ان القوم قلبوا ارديتهم حين
قلب النبي عليه السلام ولم ينكر عليهم اجيب بان قلبهم هذا كخلعهم النعال حين رأوه عليه السلام خلع نعليه
في صلوة الجنازة ولم يكن ذلك حجة فكذا هذا وانما لم ينكر عليهم لانه ليس بحرام بلا خلاف وانما الكلام في كونه
سنة وقوله ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء ظ وانما خرج المسلمون ثلثة ايام ولم ينقل اكثر من ذلك
قيل يستحب للامام ان يأمر الناس بصيام ثلثة ايام وما اطاقوا من الصدقة والخروج من المظالم
والتوبة من المعاصي ثم يخرج بهم اليوم الرابع وبالعجائز والصبيان متنظفين في ثياب بذلة متواضعين
لله ويستحب اخراج الدواب

باب صلوة الخوف

وجه المناسبة بين البابين ان شرعية كل منهما بعارض خوف وقدم الاستسقاء لان العارض ثمة انقطاع
المطر وهو سماوي وههنا الجهاد الذي سببه كفر الكافر وصورة صلوة الخوف ما ذكر في الكتاب
وقوله اذا اشتد الخوف ليس الاشتداد شرطا عند عامة مشايخنا قال في التحفة سبب جواز صلوة
الخوف نفس قرب العدو من غير ذكر الخلاف والاشتداد وقال فخر الاسلام في مبسوطه المراد
بالخوف ههنا البعض حضرة العدو ولا حقيقة الخوف على ما عرف من اصلنا في تعلق الرخص بنفس السفر

لا حقيقة المشقة لأن السفر سبب المشقة فأقيم مقامها فكذا حضرة العدو ههنا سبب للخوف فأقيم مقامه حقيقة الخوف قيل صلاة الخوف على الوجه المذكور في الكتاب إنما يحتاج إليها إذا تنازع القوم في الصلاة خلف الإمام فقالت طائفة منهم نحن نصلي معك وأما إذا لم يتنازعوا فالأفضل أن يصلي الإمام بطائفة تمام الصلاة ويرسلهم إلى وجه العدو ويأمر رجلا من الطائفة التي كانت بإزاء العدو أن يصلي بهم تمام صلاتهم أيضا ولقوم الذين صلت مع الإمام بإزاء العدو وقوله وأبو يوسف وإن أنكر شرعيتها أي كونها مشروعا وكان يقول أولا مثلما قالا ثم رجع وقال كانت مشروعة في حيوة النبي صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام إذا كنت فيهم الآية لينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام وقد ارتفع بعده عليه وكل طائفة يتمكن من أداء الصلاة بإمام على حدة فلا يجوز أداؤها بصفة الذهاب والمجيء وقوله بما روينا يريد به قوله والأصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا قال بعض الشارحين هذا في غاية البعد عن التحقيق لأن أبا يوسف لم ينكر شرعيتها في زمنه عليه السلام فكيف يكون صلاته عليه السلام حجة على أبي يوسف والجواب أنه حجة على أبي يوسف من حيث الدلالة لا من حيث العبارة وذلك لأن السبب هو الخوف وهو يتحقق بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان في حيوته عليه السلام ولم يكن ذلك لنيل فضيلة الصلاة خلفه عليه السلام لا نفضيلة الصلاة خلفه عليه السلام لأن ترك المشي والاستدبار في الصلاة فريضة والصلاة خلفه عليه السلام فضيلة فلا يجوز ترك الفرض لإحراز الفضيلة والخطاب للرسول قد لا يخص كما في قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة والمعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه عندنا على ما عرف بل هو موقوف إلى قيام الدليل وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل الصحابة بعد النبي عليه السلام فإنه روي عن سعد بن أبي وقاص وأبي عبيدة بن الجراح وأبي موسى الأشعري وكذا روي عن سعيد بن العاص أنه حارب المجوس بطبرستان ومعه الحسن بن علي وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو بن العاص وصلى بهم صلاة الخوف ولم ينكر أحد فحل محل الإجماع وقوله ويصلي بالطائفة الأولى ركعتين من المغرب مذهبنا وقال الثوري بالعكس لأن فرض القراءة في الركعتين الأوليين فينبغي أن يكون لكل طائفة في ذلك حظ **وقوله** لأن تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن معناه أنه يصلي بكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف فيكون حق الطائفة الأولى في نصف ركعة والركعة الواحدة لا يتجزى فثبت في كلها حكم السبق وقال الشافعي إن شاء يصلي مثل مذهبنا وإن شاء يصلي مثل مذهب الثوري ولا يقاتلون في حال الصلاة فإن فعلوا ذلك بطلت صلاتهم وقال مالك لا تفسد وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم الظاهر **قوله** وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم والأمر بأخذ السلاح في الصلاة لا يكون إلا للقتال به ولنا ما ذكر أن النبي عليه السلام شغل عن أربع صلوات يوم الأحزاب فلو جاز الأداء مع القتال لما تركها والأمر بأخذ السلاح لئلا يطمع منهم العدو إذا رأوهم مستعدين أو ليقاتلوا بها إذا احتاجوا ولم يشتغلوا بالصلاة وقوله وإن اشتد الخوف بأن لا يدعهم العدو أن يصلوا نازلين بل يهجمونهم بالمحاربة صلوا ركبانا إلى أي جهة فيه إشارة إلى أن اشتداد الخوف شرط جواز الصلاة ركبانا فرادى مومئين لا شرط جواز صلاة الخوف حتى لو ركب في غير حالة الاشتداد بطلت صلاته لأنه عمل كثير لم يرد فيه النص بخلاف المشي والذهاب فإنه ورد فيهما النص بقاء التحريمة وإن كانا عملا كثيرا وعن محمد أنهم يصلون جماعة استحسن ذلك لنيل فضيلة الجماعة ولكن لا يصح لأن اتحاد المكان شرط صحة الاقتداء ولم يوجد إلا أن يكون الرجل مع الإمام على دابة واحدة فيصح الاقتداء لانتفاء المانع والخوف من سبع يعاينونه كالخوف من العدو ولأن الرخصة لدفع سبب الخوف عنهم ولا فرق في هذا بين السبع والعدو والله تعالى أعلم

باب الجنائز

الجنائز جمع جنازة والجنازة

بالكسر السرير وبالفتح الميت وقيل هما لغتان عن الأصمعي لا يقال بالفتح ولما كان الموت آخر العوارض ذكر صلاة الجنازة آخر للمناسبة إلا أن هذا يقتضي أن يذكر الصلاة في الكعبة قبلها ولكن أخرها ليكون ختم كتاب الصلاة بما يتبرك بها حالا ومكانا وإذا احتضر الرجل أي قرب من الموت وقد يقال احتضر أي مات لأن الوفاة حضرته أو ملائكة الموت وقوله على شقه أي جنبه الأيمن اعتبارا بحال الوضع في القبر فإنه يوضع فيه كذلك بالاتفاق لأنه أشرف عليه أي على الوضع في القبر والشيء إذا قرب من شيء يأخذ حكمه ووجه ولقن الشهادة يلقنها أن يقال عنده وهو يسمع ولا يقال له قل لأن الحال صعب عليه فربما يمتنع عن ذلك والعياذ بالله وقوله والمراد الذي قرب من الموت دفع لوهم من يتوهم أن المراد به قراءة التلقين على القبر كما ذهب إليه بعض فيكون من باب قوله إنك ميت ومن قتل قتيلا فله سلبه وقوله لأن فيه تحسينه لأنه إذا ترك مفتوح العين يصير كريه المنظر ويقبح في أعين الناس

فصل

ذكر أحوال الميت في فصول وقدم الغسل لأنه أول ما يصنع به وهو واجب على الأحياء بالإجماع واختلفوا في سبب وجوب الغسل فقيل إنما وجب لحدث حل باسترخاء المفاصل لا لنجاسة حلت به فإن الآدمي لا ينجس بالموت كرامة إذ لو تنجس لما طهر بالغسل كسائر الحيوانات وكان الواجب اقتصار الغسل على أعضاء الوضوء كما في حال الحيوة لكن ذلك إنما كان نفيا للحرج فيما يتكرر في كل يوم والحدث بسبب الموت لا يتكرر فكان كالجنابة لا يكتفى فيها بغسل الأعضاء الأربعة بل يبقى على الأصل وهو وجوب غسل البدن لعدم الحرج فكذا هذا وقال العراقيون وجب غسله لنجاسة الموت لا بسبب الحدث لأن للآدمي دما سائلا كالحيوانات الباقية فيتنجس بالموت قياسا على غيره منها ألا ترى أنه إذا مات في البئر نجسها ولو حمله المصلي لم تجز صلاته ولو لم يكن نجسا جازت صلاته كما لو حمل محدثا ويجوز أن تزول نجاسة بالغسل كرامة قوله وإذا أرادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه أي عن الميت قوله لينصب علة الوضع على السرير فإنه لو وضع على الأرض يتلطخ بالطين ولم يبين كيفية وضع التخت إلى القبلة طولا أو عرضا ولا كيفية وضع الميت على التخت أما الأول فمن أصحابنا من اختار الوضع طولا كما كان يفعل في مرضه إذا أراد الصلاة بالإيماء ومنهم من اختار عرضا كما يوضع في القبر قال شمس الأئمة السرخسي والأصح أنه يوضع كيف اتفق فإنه يختلف باختلاف الأماكن والمواضع وأما الثاني فليس فيه رواية إلا أن العرف فيه أن يضع مستلقيا على قفاه وجعلوا على عورته خرقة فإنه الواجب الستر فإن الآدمي محترم حيا وميتا فيستر عورته كذلك ويكتفى بستر العورة الغليظة بأن يستر السوأة ويترك فخذاه مكشوفين في ظاهر الرواية لأنه ربما يشق عليهم غسل ما تحت الإزار **وقوله** هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فإنه قال فيها يوضع على عورته خرقة من السرة إلى الركبة ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف وهذا لأن الغسل المقصود من الغسل هو التطهير والتطهير لا يحصل إذا غسل مع ثيابه لأن الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانيا بنجاسة الثوب فلا يفيد الغسل فيجب التجريد وفيه نفي لقول الشافعي رحمه الله أن السنة أن يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل الغاسل يده في الكمين ويغسل بدنه وإن كان ضيقا خرق الكمين لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي غسل في قميصه الذي توفي فيه وما كان سنة في حق النبي صلى الله عليه وسلم كان سنة في حق أمته ما لم يقم دليل التخصيص وقلنا قد قام دليل التخصيص روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله عليه السلام فقالوا لا ندري كيف نغسل كما نغسل موتانا أو نغسله وعليه ثيابه عليه السلام فأرسل الله عليهم النوم فما منهم أحد إلا وذقنه على صدره إذا نادى مناد أن غسلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ثيابه فقد أجمعت الصحابة رضي الله عنهم أن السنة في سائر الموتى التجريد وقد خص عليه السلام بخلاف ذلك

ذلك بالنص لعظم حرمته ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق وأما الوضوء فلأنه سنة الاغتسال وأما
تركهما فلأن اخراج الماء منه متعذر فيكون سقيا لا مضمضة واستنشاقا ولو كبوه على وجهه لربما خرج
من جوفه ما هو شر منه وقال الشافعي رحمه الله يمضمض ويستنشق اعتبارا بحال الحياة وأجيب بأنه اعتبار
فاسد لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال الميت يوضأ وضوءه للصلاة ولا يمضمض في الحياة لا يستنشق
ولم يذكر محمد في الكتاب أنه يستنجي أولا وذكر في صلاة الآثار أن على قول أبي حنيفة ومحمد يستنجي وعلى قول
لا يستنجي لأن المسكة تزول بالموت والمفاصل تسترخي فربما يزداد الاسترخاء بالاستنجاء فيخرج نجاسة من باطنه
فلا يفيد الاستنجاء فائدته ولهما أن موضع استنجاء الميت قلما يخلو عن نجاسة حقيقية فيجب إزالتها كما لو كانت
في موضع آخر من البدن ثم الاقتصار على المضمضة والاستنشاق في الاستثناء يدل على أن بقية الأفعال من
تقديم غسل اليدين إلى الرسغ والمسح على الرأس كما كان في الجنابة هو الصحيح وفي صلاة الأثر لا يبدأ بغسل
اليدين بل يغسل الوجه ولا يمسح على الرأس وقوله ثم يفيضون الماء عليه يعني ثلاثا وإن زاد على ذلك جاز كما في حال
الحياة وقوله وتجمر سريره أي تبخر يعني يدار المجمر وهو الذي يوقد فيه العود حول السرير ثلاثا أو خمسا أو سبعا
أما التجمير فلأن فيه تعظيم الميت وأما الايتار فلقوله صلى الله عليه وسلم إن الله وتر يحب الوتر وقوله ويغلى
الماء من الإغلاء لا من الغلي لأن الغلي والغليان لازم وقال الشافعي الغسل بالماء البارد أفضل حذرا من زيادة
الاسترخاء الموجب لخروج النجاسة المنجسة للكفن وقلنا غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار أبلغ في التنظيف
فيكون أفضل وزيادة الاسترخاء قد تعين على المقصود وهو التنظيف لأنه يخرج جميع ما هو معد للخروج فلا
يتنجس الكفن بعد الفراغ من الغسل فإن لم يكن أي فإن لم يوجد الماء المغلي بالسدر وبالحرض وهو الأشنان
يغسل بالماء القراح أي الخالص وأما إذا وجد ذلك فالترتيب ما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام والمحيط وهو
المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه يبدأ أولا بالماء القراح حتى يبتل ما على البدن من الدرن
والنجاسة ثم بماء السدر أو الحرض ليزول ما على البدن من ذلك لأنه أبلغ في التنظيف ثم بماء الكافور
إن وجد تطييبا لبدن الميت كذا فعلت الملائكة بآدم عليه السلام حين غسلوه ويغسل رأسه ولحيته
بالخطمي ليكون أنظف له لأنه مثل الصابون وقوله ثم يضجع على شقه الأيسر وقوله لأن السنة هي البداءة
بالميامن روي عن أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنساء في غسل ابنته ابدأن بميامنها ثم يجلسه ويسنده
إليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا يعني بلا عنف حتى إن بقي عند المخرج شيء يسيل حرزا عن تلويث الكفن والأصل
فيه ما روي أن عليا رضي الله عنه لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح بطنه بيده والتمس ما
يطلب من الميت ولم ير شيئا فقال طبت حيا وميتا فإن خرج منه شيء غسله قيل بعد أن يمسحه لأن الغسل
قبل المسح ربما يعيدها عن ذلك الموضع ولا يعيد غسله روي بضم العين وفتحها ولا وضوءه لأن غسله قد
عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر منها بعد الموت الغسل وقد
حصل مرة وسقط الواجب فلا يعيده وأما الوضوء فلأن الخارج إذا كان حدثا فالموت أيضا حدث وهو
لا يوجب الوضوء فكذا هذا الحدث والمذكور في الكتاب من مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل
ظاهر الرواية وروي عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول أنه قال يقعده أولا ويمسح بطنه ثم يغسله لأن
المسح قبل الغسل أولى حتى يخرج ما في بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلاثا بعد خروج النجاسة ووجه الظاهر أن النجاسة
قد تكون منعقدة لا تخرج إلا بعد الغسل مرتين بماء حار فكان المسح بعد المرتين أقدر على إخراج ما به من النجاسة
فيكون أولى واعلم أن التثليث في غسله سنة لحديث أم عطية اغسلنها ثلاثا أو خمسا وقال أبو بكر الرازي
في شرحه لمختصر الطحاوي يغسل أولا على جنبه الأيسر ثم يغسل وهو على جنبه الأيمن ثم يغسل وهو على جنبه الأيسر
ليكمل الغسل ثلاثا وقال بعض المشايخ ترك المصنف ذكر الثالث وقال بعضهم الثالث هو قوله ثم يفيضون

الماء

الماء عليه ورد بأنه قال بعد ذلك ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي وغسل الرأس بعد الوضوء قبل الغسل بالإجماع
فكيف يكون ذلك ثالثا وإنما ذلك ذكر للغسل إجمالا وما بعده تفصيله وقال بعضهم يجوز أن يكون المذكور
في الكتاب من الغسل مرتين مختارا للمصنف والتثليث في الغسل سنة عند كل أصحابنا وهذا التثليث قيل النية
لا بد منها في غسل الميت حتى لو أخرج الغريق وجب غسله إلا إذا حرك عند الإخراج بنية الغسل لأن الخطاب
بالغسل توجه على بني آدم ولم يوجد منهم شيء عند عدم التحريك وفيه نظر لأن الماء مزيل بطبعه فكما لا تجب النية
في غسل الحي فكذا لا تجب في غسل الميت ولهذا قال في فتاوى قاضي خان ميت غسله أهله من غير نية الغسل أجزأهم
ذلك وقوله ثم ينشفه ظ والحنوط عطر مركب من أشياء طيبة والمراد بالمساجد الجبهة والأنف واليدان
والقدمان لأنه كان يسجد بهذه الأعضاء فخصت بزيادة الكرامة وقوله ولا يسرح شعر الميت تسريح الشعر تخليص
بعضه عن بعض وقيل تخليله بالمشط وقيل مشطه وقوله ولا يقص ظفره روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف
أن الظفر إذا كان منكسرا فلا بأس بأخذه وقوله علام أصله على ما دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فأسقط
ألفها كما في قوله تعالى عم يتساءلون ويقال تنصون الرجل إذا أخذت ناصيته ومددتها روي أن
عائشة رضي الله عنها سئلت عن تسريح رأس الميت فقالت علام تنصون ميتكم كأنها كرهت تسريح رأس الميت
فجعلته بمنزلة الأخذ بالناصية في كونه غير محتاج إليه قال في النهاية قوله وفي الحي كان تنظيفا جواب إشكال
أي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لأنه محتاج إلى الزينة فلا يعتبر في حقه زوال الجزء بخلاف
الميت فإنه لا يشرع فيه إزالة الجزء كما في الختان حيث يفرق بين الحي والميت فيه بأن يختن الحي ولا يختن الميت
بالاتفاق فلذا لم يكن زينة تتضمن إبانة الجزء يجب أن يفرق بينهما ولم أجد له ربطا بكلام المصنف أصلا ولكني
أقول قوله ولأن هذه الأشياء للزينة أي لزينة الميت وقد استغنى الميت عنها أي عن الزينة فاستغنى عن هذه
الأشياء فإن قيل لا نسلم أن هذه للميت فإنها تفعل بالحي أيضا أجاب بقوله وفي الحي كان تنظيفا يعني ما كانت
تفعل بالحي من حيث إنها تنظيف لاجتماع الوسخ تحتها وذكر الضمير باعتبار المذكور يعني أن ما ذكر إن
كان في الحي تنظيفا لكن الميت أيضا محتاج إلى التنظيف ولهذا قال ويغلى الماء بالسدر وبالحرض مبالغة
في التنظيف ويغسل رأسه ولحيته ليكون أنظف له فليعمل به من حيث التنظيف ويمكن أنه تنظيف ما هو
جزء وذلك في الميت غير مشروع كما في الختان هذا ما سنح لي في حل هذا المقام والله أعلم بالصواب

فصل في التكفين

ذكر هذه الفصول على حسب ما فيها من الأفعال
تكفين الميت لفه بالكفن وهو واجب بدليل أنه يقدم على الدين والإرث والوصية ولذلك قالوا
ومن لم يكن له مال فكفنه على من يجب عليه نفقته كما يلزمه كسوته في حال حياته وقوله السنة أن يكفن
يعني تكفينه في ثلاثة أثواب وذلك لا ينافي أن يكون أصل التكفين واجبا ثم التكفين إما أن يكون في حالة
الضرورة أو لا فإن كان الأول كفن بما وجد لما روي أن مصعب بن عمير صاحب راية رسول الله صلى الله عليه وسلم
استشهد يوم أحد وترك نمرة وهي كساء فيه خطوط بيض وسود فأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك
فأمر بأن يكفن فيها وإن كان الثاني فهو على نوعين كفن سنة وهو في حق الرجل ثلاثة أثواب إزار وقميص
ولفافة لما ذكر في الكتاب والسحولية نسبة إلى سحول بفتح السين وعن الأزهري بالضم وهي قرية باليمن
وفي حق المرأة خمسة أثواب إزار ودرع وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها وكفن كفاية وهو
في حق الرجل ثوبان إزار ولفافة وفي حق المرأة ثلاثة أثواب قميص وإزار وخمار وفي الكتاب واضح

فصل في الصلاة على الميت

الصلاة على الميت فرض كفاية أما فرضيته
فلأن الله تعالى أمر بقوله وصل عليهم والأمر للوجوب وعلى ذلك أجمعت الأمة وأما أنها على الكفاية
فلأن في الإيجاب على جميع الناس استحالة أو حرجا فاكتفي بالبعض كما في الجهاد وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة

أن إمام الأعظم وهو الخليفة أولى إن حضر وإن لم يحضر فإمام المصر أولى وإن لم يحضر فالقاضي أولى فإن لم
يحضر فصاحب الشرط أولى فإن لم يحضر فإمام الحي أولى فإن لم يحضر فالأقرب من ذوي قرابته وبهذه الرواية
أخذ كثير من مشايخنا وقوله في الكتاب السلطان يجوز أن يراد به الإمام الأعظم إن حضر وإمام المصر وقوله
ثم الولي إنما هو على قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف فالولي أولى بالصلاة على الميت على كل حال لقوله
الله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ولنا أن الحسن بن علي رضي الله عنهما لما مات
خرج الحسين رضي الله عنه والناس لصلاة الجنازة فقدم الحسين سعيد بن العاص وكان سعيد يومئذ والياً
بالمدينة فأبى أن يتقدم فقال له الحسين تقدم ولولا السنة ما قدمتك والآية محمولة على المواريث وعلى
ولاية المناكحة وقوله والأولياء على الترتيب المذكور في النكاح يقتضي أن يقدم الابن على الأب وقد
ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصلاة أن الأب أولى فمن المشايخ من قال هو قول محمد فأما على قول أبي حنيفة
فالابن أولى وعلى قول أبي يوسف الولاية لهما إلا أنه يقدم الأب احتراماً له ومنهم من قال لا بل ما ذكر
في صلاة الجنازة أن الأب قول الكل لأن للأب زيادة فضيلة وسن ليست للابن وللفضيلة أثر في استحقاق
الإمامة فيترجح الأب بذلك بخلاف النكاح وعلى قول هؤلاء **قوله** والأولياء على الترتيب المذكور في
النكاح محمول على غير الأب والابن فبنو الأعيان يحجبون بني العلات والأكبر سناً يحجب الأصغر من كل واحد منهما
لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم الأسن فإن أراد الأكبر أن يقدم إنساناً فليس له ذلك إلا برضا
الآخر لأن الحق لهما لاستوائهما في القرابة فإن أراد بنو الأعيان تقديم إنسان فليس لأحد من بني
العلات منعه لأنه لا حق له مع وجودهم وابن عم المرأة أحق من زوجها إن لم يكن له منها ابن لانقطاع
النكاح بموتها والتحاقه بالأجانب فإن كان ذلك فهو أحق بالصلاة عليها لأن الحق يثبت للابن في هذه
الحالة ثم للابن يقدم أباه احتراماً له فيثبت للزوج حق الصلاة عليها من هذا الوجه فأما الأب والجد
وسائر القرابات أولى من الزوج وقال الشافعي رحمه الله الزوج أولى لأن ابن عباس رضي الله عنه
صلى على امرأته وقال أنا أحق بها ولنا ما روي عن ابن عمر أنه لما ماتت امرأته قال لأوليائها كنا
أحق بها حين كانت حية فإذا ماتت فأنتم أحق بها وحديث ابن عباس محمول على أنه كان إمام حي فإن صلى غير
الولي والسلطان أعاد الولي وإنما قيد بذكر السلطان لأنه لو صلى السلطان فلا إعادة لأحد لأنه هو
المقدم على الولي ثم هو ليس بمنحصر على السلطان بل كل من كان مقدماً على الولي في ترتيب الإمامة في
صلاة الجنازة على ما ذكرنا فصلى هو لا يعيد الولي قال الإمام المحبوبي في فتاويه دخل مصلى على
جنازة والولي خلفه ولم يرض به إن تابعه وصلى معه لا يعيد لأنه صلى مرة وإن لم يتابعه فإن كان
المصلي سلطاناً أو الإمام الأعظم في البلد أو القاضي أو الوالي على البلد أو إمام حي ليس له أن
يعيد لأن هؤلاء هم الأولون منه فإن كان غيرهم فله الإعادة وكذا إذا ذكر في التجنيس والفتاوى
الظهيرية قال في النهاية ذكر في الكتاب إعادة الولي إذا لم يصلها ولم يذكر إعادة السلطان
إذا لم يصلها ويجب أن يكون حكمه في ولاية الإعادة كحكم الولي لما أنه تقدم في حكم صلاة الجنازة
على الولي فلما ثبت حق الإعادة للأدون فلأن يثبت للأعلى منه أولى وقد وجدت رواية في نوادر الصلاة
تشهد بما ذكرت وقال في قوله وإن صلى الولي لم يجز لأحد أن يصلي بعده أيضاً على ما ذكرنا تخصيص الولي
ليس بمفيد لما أنه لو صلى السلطان أو غيره ممن هو أولى من الولي في الصلاة على الميت مما ذكرنا ليس
لأحد أن يصلي بعده أيضاً على ما ذكرنا من رواية النوادر والتجنيس وهذا الذي ذكره بقوله لم
يجز لأحد أن يصلي بعده مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تعاد الصلاة على الجنازة مرة بعد أخرى لما
مر أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بقبر جديد فسأل عنه فقال قبر فلانة فقال هلا آذنتموني بالصلاة

فعل

فقيل إنها دفنت ليلاً فخشينا عليك هوام الأرض فقام وصلى على قبرها ولما قبض رسول الله صلى الله عليه
وسلم صلى عليه عليه السلام أصحابه فوجاً بعد فوج ولنا ما ذكر في الكتاب وقوله وهو اليوم كما وضع
لأن لحوم الأنبياء عليهم السلام حرام على الأرض به ورد الأثر وإنما صلى على النبي صلى الله عليه وسلم لأن
الحق كان له قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وليس لغيره ولاية الإسقاط وهكذا تأويل
فعل الصحابة فإن أبا بكر رضي الله عنه كان مشغولاً بتسوية الأمور وتسكين الفتنة فكانوا يصلون عليه
قبل حضوره وكان الحق له لأنه هو الخليفة فلما فرغ صلى عليه عليه السلام ثم لم يصل عليه أحد كذا في
المبسوط قوله صلى على قبره يعني إذا وضع اللبن على اللحد أو وضع ولكن لم يهل التراب عليه يخرج
ويصلى عليه لأن التسليم لم يتم بعد كذا في المحيط وقوله والمعتبر في ذلك أكبر الرأي في مدة التفسخ وقوله
هو الصحيح احتراز عما روي عن أبي يوسف في الأمالي أنه يصلي على الميت في القبر إلى ثلاثة أيام وبعدها لم يصل
عليه وهكذا ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله والصحيح أن ذلك ليس بمقدر بالأيام
لأن تفرق الأجزاء يختلف باختلاف حال الميت من السمن والهزال وباختلاف الزمان من الحر والبرد وباختلاف
المكان من الصلابة والرخاوة والذي روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء أحد بعد ثماني
سنين معناه دعا لهم وقيل إنهم كما لما دفنوا لم تتفرق أعضاؤهم وإذا كانوا أكبر الرأي هو المعتبر
فإذا كان في أكبر رأيهم أن أجزاء الميت تفرقت قبل ثلاثة أيام لا يصلون عليه إلى ثلاثة أيام وإن كان في أكبر رأيهم أنها
لم تتفرق بعد ثلاثة أيام يصلى عليه قال والصلاة أن يكبر تكبيرة الصلاة على الميت أي
يكبر أربع تكبيرات يحمد الله تعالى عقيب التكبيرة الأولى ولم يعين نوعاً من الثناء بخلاف سائر الصلوات
فإنه يقول فيها سبحانك اللهم إلى آخره كما مر وقد اختلفوا في هذا بعد التحريم فقال بعضهم يحمد
كما ذكر في ظاهر الرواية وقال بعضهم يقول سبحانك اللهم إلى آخره كما في الصلاة المعهودة وذكر
أنه مختار المصنف حيث أشار إليه بقوله والبداءة بالثناء فإن المعهود في الثناء ذلك ولا رفع يديه
في التكبيرات إلا عند الافتتاح ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلي على النبي عليه السلام لأن الثناء على الله تعالى
يعقبه الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كما في التشهد وعلى ذلك وضعت الخطب ثم يكبر تكبيرة ثالثة يدعو
فيها لنفسه وللميت وللمسلمين يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا وإن كان يحسن ذلك وإلا فيأتي بأي دعاء
شاء لأن الثناء على الله والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] فليحمد الله
يعقبهما الدعاء والاستغفار قال صلى الله عليه وسلم إذا أراد أحدكم أن يدعو فليحمد الله وليصل
على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يدعو ثم يكبر الرابعة ويسلم لأن النبي صلى الله عليه وسلم كبر أربعاً
في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها فكان ما بعد التكبيرة الرابعة أوان التحلل وذلك بالسلام
وليس بعدها دعاء سوى السلام في ظاهر الرواية واختار بعض المشايخ أن يقال ربنا آتنا في الدنيا
حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا برحمتك عذاب القبر وعذاب النار وبعضهم أن يقول ربنا لا تزغ قلوبنا
بعد إذ هديتنا الآية ولو كبر الإمام خمساً لم يتابعه المقتدي في الخامسة لكونها منسوخة بما روينا
أنه عليه السلام كبر أربعاً في آخر صلاة صلاها وقال زفر يتابعه لأنه مجتهد فيه لما روي أن علياً رضي الله
عنه كبر خمساً وتابعه المقتدي كما في تكبيرات العيد قلنا ثبت أن الصحابة رضي الله عنهم تشاوروا ورجعوا
إلى آخر صلاة صلاها فصار ذلك منسوخاً بإجماعهم ومتابعة المنسوخ خطأ وإذا لم يتابعه ماذا يصنع
في رواية عن أبي حنيفة يسلم للحال تحقيقاً للمخالفة وفي أخرى ينتظر تسليم الإمام ليصير متابعاً فيما وجبت
المتابعة فيه قال المصنف وهو المختار وقوله والابتداء بالدعوات يعني بعد التكبيرة الثالثة إشارة إلى أن
المقصود هو الدعاء والبداءة بالثناء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم سنة الدعاء تحصيلاً للاستجابة فإنه

فانه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا فعل هكذا بعد الفراغ من الصلوة فقال عليه السلام أدنى
فقد أخطأت لك وعلى هذا الابتصار للحي لانه لا ذنب له ولكن يقول اللهم اجعله فرطا أي أجرا يتقدمنا وأصل
الفرط فيمن يتقدم الواردة ومنه الحديث أنا فرطكم على الحوض أي متقدمكم واجعله لنا ذخرا أي خيرا باقيا
واجعله لنا شافعا مشفعا أي مقبول الشفاعة **وقوله** ولو كبر الامام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي وحاصله
أن الحاضر بعد التكبير الاول عند أبي يوسف كالمسبوق وان المسبوق يأتي بتكبيرة الافتتاح اذا انتهى الى
الامام فلذا هذا وعندهما وان كان كالمسبوق لكن كل تكبيرة بمنزلة ركعة من الصلوة ولهذا قيل أربع كأربع
الظهر والمسبوق لا يأتي بما فاته قبل فراغ الامام فينتظر حتى يكبر الامام فيكبر معه فتكون هذه التكبيرة تكبيرة الافتتاح
الافتتاح في حق هذا الرجل فيصير مسبوقا بما فاته من تكبيرة أو تكبيرتين يأتي به بعدما سلم الامام وهو مروي
عن ابن عباس رضي الله عنهما وقوله أو هو أي الابتداء بما فاته قبل اذا ما ادركه مع الامام منسوخ قوله ولو كان
حاضرا أي الذي فاته التكبيرة لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك لتلك التكبيرة ضرورة العجز عن
المقارنة وشرط قضاء التكبير الفائت أن لا ترفع الجنازة لان الصلوة لا تجوز بعد رفعها وفائدة هذا الاختلاف
تظهر فيما اذا سلم الامام فان عند أبي حنيفة ومحمد يكبر المسبوق قبل أن ترفع الجنازة لانه صار مسبوقا بها
وعند أبي يوسف يسلم مع الامام لانه لم يصر مسبوقا بشيء لانه كبر عند الدخول ولو كان مسبوقا بأربع تكبيرات
وجاء قبل أن يسلم الامام فانه لا يكون مدركا للصلوة عندهما لانه لو كبر صار مشتغلا بقضاء ما سبق به قبل
فراغ الامام واذا سلم الامام فاتته الجنازة وعلى قول أبي يوسف يكبر ويشرع في صلوة الامام ثم يأتي بالتكبيرات
بعدما سلم قبل أن ترفع الجنازة **قال** ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه
وافتح والوسط قال صاحب النهاية بسكون السين لانه اسم مبهم لداخل الشيء وله اذا كان ظرفا يقال
جلست وسط الدار بالسكون وهو المراد بخلاف المتحرك لانه اسم بعين ما بين طرفي الشيء ولكن المراد في النعش
يشبه الخيمة مشبك مطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة **وقوله** والركبان جمع راكب لانه دعاء
يعني في الحقيقة ولهذا لم يكن لها قراءة ولا ركوع ولا سجود فيسقط القيام كسائر الاركان وفي الاستحسان
لا تجزيهم يعني يجب عليهم الاعادة لما ذكر في الكتاب وقوله ولا بأس بالاذن أي باذن الولي لغيره بالصلاة
اذا احسن ظنه بشخص أي في تقدمه من مزيد خير وثواب وشفاعة أرجى له لان الصلوة على الميت حقه أي
باذن الغير وقيل معناه لا بأس باذن الولي الناس بالانصراف بعد الصلوة اذ لا ينبغي لهم الانصراف
عنها قبل الدفن الا باذن الولي وقوله وفي بعض النسخ أي نسخ الجامع الصغير بالاذان أي اعلام الاقارب
والجيران قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا مات أحدكم فآذنوا بالصلوة أي اعلموني وقد استحسن بعض المتأخرين
النداء في الاسواق للجنازة التي يرغب الناس فيها في الصلوة عليها كالزهاد والعلماء وقوله ولا يصلى على ميت
في مسجد جماعة اذا كانت الجنازة في المسجد فالصلوة عليها مكروهة باتفاق أصحابنا وان كانت الجنازة
والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق وان كانت الجنازة وحدها خارج المسجد
ففيه اختلاف المشايخ وقال الشافعي رحمه الله لا يكره على كل حال لما روي أنه لما مات سعد بن أبي وقاص
رضي الله عنه أمرت عائشة رضي الله عنها بادخال جنازته المسجد حتى صلت عليها أزواج النبي عليه السلام
ثم قالت لبعض من حولها هل عاب الناس علينا ما فعلنا قال نعم فقالت ما أسرع ما نسوا ما صلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل بن البيضاء الا في المسجد ولنا ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من صلى على جنازة في المسجد فلا أجر له وحديث عائشة رضي الله عنها مشترك الالزام
لان الصحابة في زمانها المهاجرون والانصار وقد عابوا عليها فدل ذلك على أن كراهة ذلك كانت معروفة فيما
بينهم وتأويل صلاته عليه السلام على جنازة سهيل في المسجد انه كان معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج فأمر

بالجنازة

بالجنازة فوضعت خارج المسجد وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد لم يكره أن يصلي الناس عليها في المسجد لما
بني له وقوله ولانه بني لاداء المكتوبات دليلان معقولان على ذلك ووقع اختلاف المشايخ فيما اذا كانت
الجنازة خارج المسجد نظرا الى الدليلين فمن نظر الى الاول قال بالكراهة وان كانت خارجه ولا يلزمه الشغل
في المسجد لانه بني للمكتوبة ومن نظر الى الثاني حكم بعدمها لان العلة وهي التلويث لم توجد فان قيل حديث
أبي هريرة مطلق فالتعليل بالتلويث في مقابلة النص وهو باطل فالجواب أن قوله عليه السلام في المسجد
يحتمل أن يكون ظرفا للصلوة فكان دليلا للاولين ويحتمل أن يكون ظرفا للجنازة فلا يكون منافيا للتعليل الآخر
وقوله ومن استهل على بناء الفاعل واستهلال الصبي أن يرفع صوته بالبكاء عند ولادته وذكر في
الايضاح هو أن يكون منه ما يدل على حيوته من بكاء أو تحريك عضو أو طرف عين وكلامه واضح وقوله
لانه نفس من وجه فيعطى حظا من الشبهين فلاعتباره بالنفوس يغسل ولاعتباره بالاجزاء لا يصلى عليه
وهذا هو المختار **وقوله** واذا سبي صبي يعني اذا سبي صبي فلا يخلو اما أن يكون مع أحد أبويه
أو لا فان كان فان مات لم يصل عليه لانه كان تبعا للابوين لقوله عليه السلام يتبع خير الابوين دينا
فان فيه دلالة ظاهرة على متابعة الولد للابوين الا أن يقر بالاسلام وهو يعقل صفة الاسلام المذكورة
في حديث جبريل عليه السلام أن يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره
من الله وقيل معناه يعقل المنافع والمضار وأن الاسلام هدى واتباعه خير والتابعة ضلالة واتباعه
شر لانه صح اسلامه استحسانا وان لم يصح قياسا كما هو مذهب الشافعي على ما عرف في الاصول وقوله أو لم
عطف على قوله الا أن يقر يعني أنه اذا أقر بالاسلام وهو يعقل أو يسلم أحد أبويه صح اسلامه لما رويناه وان كان
الثاني صلى الله عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط على ما يجيء فان قيل اذا كانت الدار
دار كانت الدار مما تتبع فلينتبع دار اذ سبي معه أحد أبويه ترجيحا للاسلام كالابوين اذا كان أحدهما مسلما أجيب
بأن الكلام لم تأثير الدار في الاستتباع دون تأثير الولادة لان النبي صلى الله عليه وسلم حكم باستتباع الابوين
مع قيام الدار ولو لم يكن كذلك لما حكم بكفر صبي في دار الاسلام أصلا وكان ما ترك أبواه ليكن المالك
لاختلاف الروايتين الدينين ولم يذكر المصنف تبعية اليد بعد تبعية الدار فانه لو وقع من الغنيمة صبي في
سهم رجل في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد وصاحب المحيط قدم تبعية اليد على تبعية
الدار وقوله وان مات كافر وله ولي مسلم أي قريب لان حقيقة الولاية منقطعة قال الله تعالى
لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء والاطلاق يتناول كل قريب له من ذوي الفروض والعصبات
وذوي الارحام وهذا الاطلاق لفظ الجامع الصغير وذكر في الاصل كافر مات وله ابن مسلم يغسله
ويكفنه ويدفنه اذا لم يكن هناك من أقربائه الكفار من يتولى أمره فان كان أحد منهم فالأولى أن يخلي
المسلم بينه وبينهم ليصنعوا به ما يصنعون بموتاهم بذلك أمر علي رضي الله عنه روي انه لما مات أبو
طالب جاء علي رضي الله عنه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله ان عمك الضال
وفي رواية ان الشيخ الضال قد مات فقال عليه السلام اغسله وكفنه وواره ولا تحدث حدثا
حتى تلقاني أي لا تصلي عليه وقوله ولكن يغسل غسل الثوب النجس يعني لا يغسل كغسل المسلم من البداءة
بالوضوء وبالميامن ولكن يصب عليه الماء كما يصب في غسل النجاسة ولا يكون الغسل طهارة له حتى لو حمله
انسان وصلى لم تجز صلوته بخلاف المسلم فانه لو حمله المصلي بعدما غسل جازت صلوته ويلف في خرقة
يعني بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور

فصل في الجنازة

اذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه
عبر من السنة أن تحمل الجنازة من جوانبها الاربع بذلك وردت السنة وهي ما روي عن ابن مسعود رضي الله
عنه من السنة أن تحمل الجنازة من جوانبها الاربع وفيه تكثير الجماعة حتى لو لم يتبعه أحد كان هو الجماعة وفيه زيادة

ان الكفر

الاكرام حيث لم يحمل كما يحمل الاحمال وفيه صيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي السنة أن يحملها رجلان كما ذكر في الكتاب واستدل على ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم حمل سعد بن معاذ رضي الله عنه بين العمودين قلنا كان كذلك لازدحام الملائكة فكان الطريق ضيقا حتى روي أنه صلى الله عليه وسلم كان يمشي على رؤوس أصابعه وصدوره وقدميه فكان ذلك لضرورة ونحن نقول به وقوله ويمشون به مسرعين دون الخبب الخبب ضرب من العدو دون العنق خطو فسيح واسع لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن المشي في الجنازة فقال ما دون الخبب فان يكن خيرا عجلتموه اليه وان يكن شرا وضعتموه عن رقابكم أو قال فبعدا لاهل النار والخبب مكروه لان فيه ازدراء بالميت واضرارا بالمتبعين والمشي خلف الجنازة أفضل وقال الشافعي رحمه الله قداما أفضل لان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يمشيان امام الجنازة ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مشى خلف جنازة سعد بن معاذ وعلي كان يمشي خلف الجنازة وقال ابن مسعود رضي الله عنه فضل المشي خلف الجنازة على المشي قداما كفضل المكتوبة على النافلة وفعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما محمول على التيسير على الناس لان الناس كانوا يحترزون عن المشي امامهما فلو اختارا المشي خلفها لضاق الطريق على الناس وهكذا أجاب علي رضي الله عنه حين قيل له ان أبا بكر وعمر كانا يمشيان امام الجنازة قال رحمهما الله قد عرفا أن المشي خلفها أفضل ولكنهما أرادا أن يتيسر الامر على الناس وقوله واذا بلغوا الى قبره ظ فاذا وضع عن أعناق الرجال جلسوا وكره القيام وقوله وكيفية الحمل هذا لفظ الجامع الصغير بلفظ الخطاب خاطب أبو حنيفة لأبي يوسف رحمهما الله قال يعقوب رأيت أبا حنيفة رضي الله عنه يصنع هكذا قال الامام المحبوبي وهذا دليل تواضعه قال في النهاية وقد حمل الجنازة من هو أفضل منه بل هو أفضل جميع الخلائق وهو نبينا صلى الله عليه وسلم فانه حمل جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه كما ذكرنا لما ان حمل الجنازة عبادة فينبغي أن يتبادر اليه كل أحد وذكر شيخ الاسلام انما أراد المقدم وكره يمين الميت يسارها ويسارها يمينها ثم المعنى في الحمل على هذا الوجه اما البداءة بالايمن المقدم وذلك يمين الميت ويمين الحامل فلان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيمن في كل شيء والمقدم أيضا أول الجنازة والبداءة بالشيء انما يكون من أوله ثم يتحول الى الايمن المؤخر لانه لو تحول الى الايسر المقدم احتاج الى المشي أمامها والمشي خلفها ويبلغ الايمن المؤخر حمله لان فيه رجحان التيامن أيضا فبقي جانبا الايسر المقدم والايسر المؤخر فيجب تقديم الايسر المقدم على الايسر المؤخر لان فيه الختم بالايسر المؤخر والختم بها أولى ليبقى بعد الفراغ خلف الجنازة فان المشي خلفها أفضل كما مر وقوله وهذا في حملها على الوجه المذكور في حالة التناوب يعني عند وفور الحاملين ليدفع الجانب الذي حمله الى غيره ويتنقل الى الجانب الآخر والله أعلم

فصل في الدفن

أصل هذه الافعال أعني الغسل والتكفين والدفن في بني آدم عرف بفعل الملائكة في حق آدم عليه السلام روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لما توفي آدم عليه السلام غسلته الملائكة وكفنوه ودفنوه ثم قالوا لولده هذه سنة موتاكم ويلحد الميت واللحد جعله في اللحد وهو الشق المائل في جانب القبر ويلحد للميت ولا يشق له خلافا للشافعي فانه يقول بالعكس لتوارث أهل المدينة الشق دون اللحد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اللحد لنا والشق لغيرنا وانما يفعل أهل المدينة الشق لضعف أراضيهم بالبقيع وصفة اللحد أن يحفر القبر بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة يوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف وصفة الشق أن يحفر حفيرة في وسط القبر ويوضع فيها الميت وقوله ويدخل الميت مما يلي القبلة يعني يوضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وقال الشافعي السنة أن يسل الى قبره وصفته ذلك أن يوضع الجنازة في مؤخر القبر حتى يكون رأس الميت بازاء موضع قدميه من القبر ثم يدخل الرجل الآخذ في القبر فيأخذ برأس الميت ويدخله القبر أولا ويسل كذلك وقيل صورته أن يوضع الجنازة في مقدم القبر حتى يكون رجلا الميت بازاء موضع رأسه من القبر ثم يدخل

الرجل الآخذ في القبر فيأخذ برجلي الميت ويدخلهما أولا ويسل كذلك واحتج بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم سل سلا في قبره ولنا أن جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه لا يقال هذا التعليل في مقابلة النص وهو باطل لان الرواية في ادخال النبي عليه السلام في قبره مضطربة روى ابراهيم النخعي رحمه الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أدخل في قبره من قبل القبلة ورووا خلافه وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبه وروي عنه أيضا مثل مذهبنا والمضطرب لا يصلح حجة فاذا وضع في اللحد يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله أي بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك كذا في المبسوط قال المصنف رحمه الله كذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين وضع أبا دجانة في القبر قال صاحب النهاية الصحيح أنه وضع ذا البجادين لان أبا دجانة مات بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في خلافة أبي بكر هكذا ذكر في التواريخ **وقوله** ويوجه الى القبلة بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم روي عن علي رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال مات رجل من بني عبد المطلب فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا علي استقبل به القبلة استقبالا وقوله وتحل العقدة يعني التي عقدت على الكفن مخافة الانتشار لوقوع الامن منه ويسوى اللبن عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل على قبره اللبن وقوله ويسجى قبر المرأة التسجية التغطية يسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد لما ذكر في الكتاب وقد صح أن قبر فاطمة رضي الله عنها سجي بثوب ولا يسجى قبر الرجل وقال الشافعي يسجى لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سجى قبر سعد بن معاذ رضي الله عنه ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه مر بميت وقد سجي قبره فنزعه وقال انه رجل ومبنى حال الرجال على الانكشاف كما قال في الكتاب وتأويل قبر سعد بن معاذ رضي الله عنه أن كفنه ما كان يعم بدنه فسجي قبره حتى لا يقع الاطلاع لاحد على شيء وقوله ويكره الآجر والخشب هذا ظاهر الرواية وقوله لانهما أي الآجر والخشب لاحكام البناء والقبر موضع البلى ومنهم من فرق بينهما فكره الآجر من حيث عدم النفع به لمماسة النار دون الخشب لعدمها فيه وكان المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله ثم بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلا ولا ورد بأن مساس النار لا يصلح علة الكراهة فان السنة أن يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار فكان لا بد من الترجيح والاول يعني وجه التعليل باحكام البناء لانه جمع في كتاب الصلاة بين استعمال الآجر والخشب وهي الالواح ولا يوجد معنى النار فيها. **قوله** وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب انما صرح بلفظ الجامع الصغير لمخالفة روايته لرواية القدوري لان رواية القدوري لا تدل على الاستحباب بل على نفي الشدة لا غير ورواية الجامع الصغير تدل عليه ولان رواية القدوري لا تدل على جواز الجمع بينهما ورواية الجامع الصغير تدل لانه صلى الله عليه وسلم جعل على قبره أي حزمة من القصب وقوله ثم يهال التراب يقال هلت الدقيق في الجراب صببته من غير كيل وكل شيء أرسلته ارسالا من رمل أو تراب أو طعام أو نحوه قلت هلته أهيله هيلا فانهال أي جرى فانصب ومنه يهال التراب أي يصب وقوله ويسنم القبر المراد من تسنيم القبر رفعه من الارض مقدار شبر أو أكثر قليلا **وقوله** ولا يسطح أي لا يربع وقال الشافعي رحمه الله يربع ولا يسنم لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم قبره مسطحا ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور وعن ابراهيم النخعي أنه قال أخبرني من رأى قبر النبي صلى الله عليه وسلم وقبر أبي بكر وعمر رضي الله عنهما مسنمة عليها فلق من مدر أبيض عم الرائي ذلك ولم يعينه لانه كان في الراوي كثرة وقيل تسنيم قبر ابراهيم رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم سطح قبره أولا ثم سنم كذا في المبسوط والمحيط والله أعلم

باب الشهيد

المقتول ميت بأجله عندنا أهل السنة وانما بوب للشهيد حالة لاختصاصه بالفضيلة وكان اخراجه من باب

الميت بثياب على جرح كما خرج جبريل من الملائكة وسمي الشهيد شهيدا لان الملائكة يشهدون موته
اكراما له فكان مشهودا فهو فعيل بمعنى مفعول وقيل لانه مشهود له بالجنة وقيل لانه حي عند الله
حاضر وهو في اصطلاح الفقهاء من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم
تجب بقتله دية فقوله من قتله المشركون يعني بانه له كانت وفي معناه اهل البغي وقطاع الطريق للخروج
عن طاعة الامام وقوله وبه اثر اي جراحة ظاهرة او باطنة كخروج الدم من العين ونحوها وقوله او قتله
المسلمون ظلما احترازا عما قتله المسلمون رجما او قصاصا وقوله ولم تجب بقتله دية احترازا عن شبهة العمد
والخطا وحكمه انه يكفن بالاتفاق ولا يغسل اذا كان في معنى شهداء احد بالاتفاق ويصلى عليه عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله اما التكفين فهو سنة في موتى بني آدم فان كان عليه ثياب لم ينزع عنه لقوله صلى الله عليه وسلم
زملوهم بكلومهم ودمائهم وفي رواية بثيابهم وينزع الخز والحشو والقلنسوة والخف والسلاح
لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون انما هو للكفن على ما يذكر واما عدم الغسل فلانه في معنى
شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم وكل من قتل ظلما بالحديدة وهو
طاهر بالغ ولم تجب بقتله عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والقيد بالحديدة انما هو اذا كان القتل
من المسلمين واما من اهل الحرب والبغي وقطاع الطريق فليس بشرط كما تقدم لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل
السيف والسلاح وشرط عند ابي حنيفة ان يكون طاهرا لانه اذا كان جنبا يغسل على ما يذكر في الكتاب وشرطه
ان لا يكون مرتثا على ما نذكره واما الصلوة عليه فقد خالفنا الشافعي وقال السيف محاء للذنوب فاغنى
عن الشفاعة وقلنا الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بالكرامة وقوله والطاهر عن الذنوب
جواب عن قوله السيف محاء للذنوب وهو ظاهر وقوله ومن قتله اهل الحرب ظاهر مما ذكرنا واعترض
بان من قتله اهل الحرب فهو في معنى شهداء احد فباي شيء قتلوه لم يغسل واما اهل البغي وقطاع الطريق
فمن اهل الاسلام فلم يكن قتيلهم بمعنى شهداء احد فيشترط الحديدة او الالة التي لا تلبث في ثبوت الشهادة
واجيب لان كلا من الفريقين لما امرنا بقتالهم الحق بقتال اهل الحرب قال الله تعالى في اهل البغي فقاتلوا التي
تبغي الاية وقال صلى الله عليه وسلم في قطاع الطريق قاتل دون مالك وقال من قتل دون ماله فهو شهيد
واذا كانا لما مامورا بهما صار كقتال اهل الحرب وفي قتال اهل الحرب تعم الالة فكذا في قتالهما
وقوله لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت لانه خرج عن كونه مكلفا بالغسل عن الجنابة والثاني ان الغسل
بسبب الموت لم يجب لان الشهادة تمنعه لان قوله صلى الله عليه وسلم زملوهم بكلومهم ودمائهم لا يفصل بين
الشهيد الجنب وغيره ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة الا
ترى انه لو كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم فقيل لو لم يكن رافعا لوجب وضوء المحدث
لو محدث اذا استشهد واللازم باطل فكذا الملزوم واجيب بانه لا يلزم من ان لا يكون رافعا للاعلى
ان لا يكون رافعا للادنى وبانه ثبت بالنص فقد صح ان حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته
الملائكة فسال رسول الله اهله عن حاله فقالت زوجته انه اصابه مني فسمع الهيعة فاعجلته عن الاغتسال
فاستشهد وهو جنب فقال عليه السلام هو ذاك والهيعة الصوت الذي يفزع منه فان قيل الواجب غسل
بني آدم دون الملائكة ولو كان ذلك واجبا لامر النبي عليه السلام باعادة غسله اجيب بان الواجب
هو الغسل واما الغاسل فيجوز كائنا من كان الا ترى ان الملائكة لما غسلوا آدم عليه السلام نادى الولد
ولم تعد اولاده غسله وقوله وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا يعني عندهما لا تغسلان
لان الغسل الاول سقط بالموت والثاني لم يجب بالشهادة وعنده يغسلان لان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة
وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية فانه عن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية لا تغسلان لان الاغتسال

ما كان واجبا عليهما قبل الانقطاع وفي رواية وهو الاصح تغسلان لان الانقطاع حصل بالموت والدم السائل
يوجب الاغتسال عند الانقطاع وقوله وعلى هذا الخلاف الصبي على ما ذكرنا وقوله بصفة الكرامة اي
بسقوط الغسل فان سقوط الغسل عن الشهيد لابقاء اثر مظلوميته في القتل فكان اكراما له والمظلومية
في حق الصبي اشد فكان اولى بهذه الكرامة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء
احد بوصف كونه طهرة عن الذنب ولا ذنب للصبي فلا يكون في معناهم ومن لم يكن في معناهم غسل وقوله
ولا يغسل عن الشهيد دمه ظ وقوله وينزع عنه الفرو الى آخره مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينزع عنه شيء
والاصح باطلاق قوله عليه السلام زملوهم من غير فصل ولنا ما روي في السنن عن ابن عباس رضي الله عنهما قال
امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد والجلود وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم
واذا انعا رضاضرنا الى القياس وهو معنا على ما ذكر في الكتاب **وقوله** ويزيدون وينقصون ما شاؤوا
اي يزيدون ما شاؤوا اذا كان ناقصا عن العدد المسنون وينقصون ما شاؤوا يعني اذا كان زائدا على العدد المسنون
وقوله ومن ارتث هو من قولك ثوب رث اي خلق وكلامه ظاهر وقوله ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كذلك
وانما قيد بامور الاخرة لانه اذا اوصى بشيء من امور الدنيا يغسل بالاتفاق وقوله الا اذا علم انه قتل بحديدة
ظلما اي حينئذ لا يغسل قيل هذا اذا علم قاتله عينا واما اذا علم انه قتل بحديدة ظلما ولكن لم يعلم قاتله فيغسل
لما ان الواجب هنالك الدية والقسامة على اهل المحلة ولفظ الكتاب يشير الى هذا لانه قال لان الواجب فيه
القصاص ولا قصاص يجب الا على القاتل المعلوم وهو اي القصاص عقوبة والقاتل لا يتخلص عن العقوبة
ظاهرا اما في الدنيا ان وقع الاستيفاء او في العقبى ان لم يستوف فلو كان وجوب القصاص مما تعارض الشهادة
لا تسد بابها وهو باطل فان قيل من وجب بقتله القصاص ليس في معنى شهداء احد اذ لم يجب لقتلهم شيء ومن
ليس في معناهم غسل اجيب بان فائدة القصاص ترجع الى ولي القتيل وسائر الناس دون القتيل فلم يحصل للمقتول
بالقتل شيء كما لم يحصل لشهداء احد بخلاف الدية فان نفعها يعود الى الميت حتى تقضى ديونه وتنفذ وصاياه
وقوله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف يعني لا يشترط في قتيل وجد في المصر
بقتل بحديدة عندهما بل المثقل من الحجر والخشب مثل السيف عندهما يعني لا يغسل القتيل ظلما في المصر اذا عرف
قاتله وعلم انه قتله بالمثقل لوجوب القصاص عندهما وعند ابي حنيفة لا يجب القصاص لا يجب بالقتل بالمثقل
ويعرف في الجنايات وقوله ومن قتل في حد او قصاص غسل لما روي ان ماعزا رضي الله عنه لما رجم جاء عمه
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تامرني ان اصنع به فقال النبي صلى الله
عليه وسلم لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت على اهل الارض لوسعتهم اذهب واغسله وكفنه وصل عليه ولانه
باذل نفسه لايفاء حق مستحق ومن كان كذلك لم يكن في معنى شهداء احد لانهم بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله
فلا يلحق بهم **وقوله** ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه وقال الشافعي يصلى عليه لانه مؤمن
الا انه مقتول بحق فهو كالمقتول في رجم او قصاص ولنا ان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة ولم يغسلهم
فقيل له اهم كفار فقال لا ولكنهم اخواننا بغوا علينا اشار الى انه انما ترك الغسل والصلوة عليهم عقوبة
لهم وزجرا لغيرهم وهو نظير المصلوب يترك على خشبة عقوبة وزجرا لغيره والله تعالى اعلم

باب الصلوة في الكعبة

قد تقدم في اول باب صلوة الجنازة تاخير هذا الباب فلا نعيده الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فيما قال صاحب النهاية كان هذا اللفظ وقع سهوا من الكاتب فان الشافعي
كان يرى جواز الصلوة في الكعبة فرضها ونفلها كذا اورده اصحاب الشافعي في كتبهم ولم يورد احد من علمائنا
ايضا هذا الخلاف فيما عندي من الكتب واجيب بان مراده ما اذا توجه الى الباب وهو مفتوح وليست

العشر مرتفعة قدر موضع الرحل وهو خير من الحمل على السترة لأن الإطلاق كلامنا فيه قوله ولما كان في هذا القدر من
يعني أنه يجوز النفل في جوف الكعبة ولا يجوز الفرض ويقول الصلاة فيها جائزة من حيث أنه استقبل بعضا وفاسدة
من حيث أنه استدبر آخر والترجيح لجانب الفساد احتياطا في أمر العبادة وهو القياس في النفل أيضا
إلا أنه ترك لورود الأثر فيه ومبناه على المساهلة فإنه يجوز قاعدا مع القدرة على القيام والفرض ليس في
معناه فلا يلحق به ولنا أنه صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة الفرض يوم الفتح رواه بلال ولئن كان نفلا فالفرض
في معناه فيما هو من شرائط الجواز دون الأركان ولأنها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لأن استيعابها
ليس بشرط كما لو صلى خارجها والاستدبار إنما يوجب الفساد إذا لم يستقبل بعضها لانتفاء المأمور به وهو استقبال
شطر منها وأما إذا استقبل فممنوع فإنه أتى بما أمر به وقوله فإن صلى الإمام بجماعة فيها الصلاة بالجماعة في
جوف الكعبة لا تخلو عن وجوه أربعة إما أن يكون وجهه إلى الإمام بجماعة فيها الصلاة بالجماعة أو إلى ج
الإمام أو يكون ظهره إلى الإمام أو إلى وجهه والأول والثالث جائز بلا كراهة والثاني بكراهة والرابع لا
يجوز أما جواز الأول فظاهر وأما جواز الثاني فلوجود المتابعة وانتفاء المانع وهو التقدم على الإمام
وأما كراهته فلشبهه بعبادة الصورة بالمقابلة فينبغي أن يجعل بينه وبين الإمام سترة تحرزا عن ذلك وأما
جواز الثالث فلما ذكره في الكتاب أنه متوجه إلى القبلة ولا يعتقد إمامه على الخطأ قيل وهذا ليس بكاف
لأن من جعل ظهره إلى وجه الإمام وهو الوجه الرابع متوجه إلى القبلة ولا يعتقد إمامه على الخطأ ومع
ذلك فلا تجوز صلاته وكان الواجب أن يقول وهو غير متقدم عليه والجواب أنه لما علل عدم الجواز في الوجه
الرابع بالتقدم على الإمام دل على أنه مانع فاقتصر عن ذكره في الأول اعتمادا على أنه يفهم من الثاني وقوله
بخلاف مسألة التحري يعني إذا صلوا في ليلة مظلمة فجعل بعضهم ظهره إلى الإمام وهو يعلم حاله فإنه لا تجوز
صلاته لأنه اعتقد أن إمامه على الخطأ وقد مر في باب شروط الصلاة وقد ظهر وجه عدم جواز الوجه الرابع
من هذا وأما إذا كان على يمين الإمام أو يساره فهو أيضا جائز وهو ظاهر وقوله وإذا صلى الإمام في
المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة في بعض النسخ فتحلق وهو ظاهر لأنه عطف على قوله صلى وقوله فمن
كان منهم أقرب جزاء إذا صلى الإمام وأما قوله تحلق بلا فاء فقال بعضهم حال بتقدير قد وقوله فمن كان
جزاء الشرط وقال بعضهم هو جزاء الشرط وقوله فمن كان جملة أخرى شرطية عطفت على الأولى وقوله
إذا لم يكن في جانب الإمام يشير إلى أنه إذا كان في جانبه لم يجز لوجود التقدم لأن التقدم والتأخر إنما
يظهر عند اتحاد الجانب قال بعض الشارحين لأن التقدم والتأخر من الأسماء الإضافية فلا يظهر إلا عند اتحاد
الجهة كان في معنى من جعل ظهره إلى وجه الإمام وفيه نظر لأنهما من الأسماء الإضافية وليس للإضافة تعلق
بالجهة وقال بعضهم لأنه عند اتحاد الجهة كان في معنى من جعل ظهره إلى وجه الإمام وهو جيد وقوله ومن
صلى على ظهر الكعبة أي على سطحها ولعله اختار لفظ الظهر لورود لفظ الحديث به وعلى ما ذكره أراد
أن من صلى على سطح الكعبة جازت صلاته عندنا وإن لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعي لا تجوز
إلا أن يكون بين يديه سترة بناء على أن المعتبر في جواز التوجه إليها للصلاة البناء وعندنا أن القبلة
هو الكعبة والكعبة هي العرصة والهواء إلى عنان السماء ولا معتبر بالبناء لأنه ينقل ألا ترى أن من صلى
على أبي قبيس جازت صلاته ولا شيء من بناء الكعبة بين يديه فدل على أنه لا معتبر بالبناء وقوله إلا أنه
يكره استثناء من قوله جازت صلاته ويذكر الضمير باعتبار فعل الصلاة وإنما كره لما فيه أي في الصلاة
على ظهر الكعبة من ترك التعظيم فقد ورد النهي عنه قيل أي عن ترك التعظيم وقيل عن أداء الصلاة
على ظهرها وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال نهى النبي عليه السلام عن الصلاة في سبعة مواطن
المجزرة والمزبلة والمقبرة والحمام وقوارع الطريق ومعاطن الإبل وفوق ظهر بيت الله تعالى وإنما

كتاب الزكاة

كتاب الزكاة

قرن الزكاة بالصلاة اقتداء بكتاب الله
تعالى في قوله أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ولأن الصلاة حسنة لمعنى في نفسها بدون الواسطة والزكاة
تلحق بها وموضعه أصول الفقه والزكاة في اللغة عبارة عن النماء يقال زكى الزرع إذا نمى وفي عرف الفقهاء
اسم لفعل أداء حق يجب للمال يعتبر في وجوبه الحول والنصاب لأنها توصف بالوجوب وهو من صفة
الأفعال دون الأعيان وقد تطلق على المال المؤدى لأن الله تعالى قال وآتوا الزكاة ولا يصلح
الإيتاء إلا في العين وسببها ملك النصاب النامي وشرطها الحرية والبلوغ والعقل والإسلام
والخلو عن الدين وكمال النصاب الحولي وصفتها الفريضة وحكمها الخروج عن عهدة التكليف في الدنيا
والنجاة عن العقاب والوصول إلى الثواب في العقبى **قال** الزكاة واجبة على الحر الـ الزكاة
واجبة أي فريضة لأنها ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى وآتوا الزكاة والسنة المعروفة بني الإسلام على خمس
الحديث وإجماع الأمة لم ينكرها أحد من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وإنما عدل عن
لفظ الفرض إلى الواجب إما لأن بعض مقاديرها وكيفيتها ثابت بأخبار الآحاد ولأن استعمال أحدهما في
موضع الآخر جائز مجازا وإنما قال ملكا تاما احترازا عما في يد المكاتب فإنه ملك المولى وإنما للمكاتب فيه
ملك اليد وعن مال المديون فإن صاحب الدين يستحقه عليه فيكون ملكا ناقصا وكلامه فيه ظاهر وقوله
فأدير الحكم عليه يعني يكون الاعتبار به دون حقيقة الاستنماء حتى إذا ظهر النماء أو لم يظهر يجب الزكاة
وقوله ثم قيل هو واجب على الفور وهو قول الكرخي رحمه الله فإنه قال يأثم بتأخير الزكاة بعد التمكن وروي
عن محمد رحمه الله من أخر الزكاة من غير عذر لا يقبل شهادته ثم فرق بينها وبين الحج فقال لا يأثم بتأخير الحج
ويأثم بتأخير الزكاة لأن في الزكاة حق الفقراء فيأثم بتأخير حقهم أما الحج فخالص حق الله تعالى وروى
هشام عن أبي يوسف أنه لا يأثم بتأخير الزكاة ويأثم بتأخير الحج لأن الزكاة غير موقتة أما الحج فهو موقت كالصلاة
فربما لا يدرك الوقت في المستقبل وموضعه أصول الفقه وقوله وليس على الصبي والمجنون زكاة هو المذهب
بقوله لما ذكرنا **وقوله** هي غرامة مالية أي وجوب شيء مالي استعار لفظ الغرامة للوجوب لأن
حقيقة الغرامة هي أن يلزم الإنسان ما ليس عليه كأنه يقول الزكاة واجب مالي وكل ما هو واجب مالي
يجب عليه كنفقة الزوجات والعشر والخراج فالزكاة تجب عليه ويؤدي عنه الولي وهو قول ابن عمر وعائشة
رضي الله عنهم ولنا أنها عبادة لأن العبادة هي ما يأتي به العبد على خلاف هوى نفسه تعظيما لأمر ربه
والزكاة كذلك وقد قال صلى الله عليه وسلم بني الإسلام على خمس الحديث وغيرها عبادة بالاتفاق
وكذلك هي وكل ما هو عبادة لا يتأدى إلا بالاختيار تحقيقا للابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل وهو
قول علي وابن عباس رضي الله عنهم فإن قيل الصلاة والصوم والإيمان على أصلكم يصح من الصبي
فإما أن يكون باختيار أو غيره فإن كان الأول فلتصح الزكاة بمثله من الاختيار وإن كان الثاني انتقض
قولكم فكل ما هو عبادة لا يتأدى إلا بالاختيار فالجواب أنها إنما تصح باختيار قوله فلتصح الزكاة بمثله
من الاختيار قلنا غير متصور لأن ذلك اختيار لا يستلزم ضررا لعدم الوجوب عليه وهذا الاختيار
يستلزم الضرر فلا يكون مثل ذلك **وقوله** بخلاف الخراج جواب عن قوله وصار كالعشر والخراج
وقوله وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة لما أن سبب وجوب العشر الأرض النامية بالخارج فباعتبار
الأرض وهي الأصل كانت المؤنة أصلا وباعتبار الخارج وهو وصف الأرض كان شبيها بالزكاة
والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعا فإن قيل سبب وجوب الزكاة النصاب النامي بالنماء
أصل والنمو وصف ومع ذلك لم يكن في الزكاة معنى المؤنة أصلا فالجواب أن المؤنة ما يحتاج إليه
للبقاء كالنفقة والزكاة ليست سببا لبقاء المال لو تأملته فقد قررناه في التقرير وقوله ولو أفاق

يعني الجنون في بعض السنة فهو بمنزلة الافاقة في بعض الشهر يعني اذا كان مفيقا في جزء من السنة اولها
او آخرها قل او كثر بعد ملك النصاب تلزمه الزكوة كما لو افاق في جزء من شهر رمضان في يوم او ليلة
لزمه صوم الشهر كله في قول محمد ورواية عن ابي يوسف لما ان السنة للزكوة بمنزلة الشهر للصوم والافاقة
في جزء من الشهر كالافاقة في جميعه في وجوب صوم جميع الشهر فكذا هذا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر
الحول فاذا كان مفيقا فيه فقد غلب الصحة الجنون فصار كجنون ساعة فوجبت الزكوة فان كان مجنونا
فيه كان كالجنون في جميع السنة ولا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يدرك مجنونا والعارضي وهو
ان يدرك مفيقا ثم يجن على ظاهر الرواية يعني اذا افاق في بعض السنة وجبت الزكوة سواء كان
الجنون اصليا او عارضيا لما ذكرنا وكذا على قول ابي يوسف لان المعتبر عنده الافاقة في اكثر السنة
من غير نظر الى الاصلي والعارضي وعند ابي حنيفة في الاصلي انه يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة
الصبي اذا بلغ لان التكليف لم يثبت قبل هذه الحالة فصارت الافاقة بمنزلة بلوغ الصبي واما اذا اطبق
الجنون فاستمر سنة سقط لانه استوعب مدة الكليفة وهي الصلوة والصوم والحج وان كان اقل
من ذلك لم يعتبر قال وليس على المكاتب زكاة قد ذكرنا ان المكاتب ليس له ملك تام فلا يجب
عليه الزكوة ومن عليه دين يحيط بماله وله مطالب من جهة العباد سواء كان لله كالزكوة او للعباد
كالقرض وثمن المبيع وضمان المتلف وارش الجناية ومهر المرأة سواء كان من النقود او من غيرها وسواء
كان حالا او مؤجلا فلا زكوة عليه وقال الشافعي رحمه الله تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام فان
المديون مالك لماله لان دين الحر الصحيح يجب في ذمته ولا تعلق له بماله ولهذا امكن التصرف فيه كيف شاء
ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية الى معد لما يدفع الهلاك حقيقة او تقديرا لان صاحبه يحتاج اليه
لاجل قضاء الدين دفعا للحبس والملازمة عن نفسه وكل ما هو كذلك اعتبر معدوما كالماء المستحق
بالعطش لنفسه ودابته وثياب المهنة وهذا ايضا راجع الى نقصان الملك فان لصاحب الدين ان
ياخذه من غير رضا ولا قضاء اي ولا قضاء القاضي فكان ملكا ناقصا وقوله وان كان ماله اكثر من
دينه ظاهر واعلم ان المديون اذا كان له صنوف من الاموال المختلفة والدين مستغرق بعضها
صرف اولا الى النقود فان فضل منه شيء صرف الى عروض التجارة دون السائمة فان فضل شيء منه
صرف الى مال القنية فان كان له نصب من الابل والبقر والغنم يصرف الى اقلها زكاة حتى ان في هذه
المسئلة يصرف الدين الى الابل والغنم ولا يصرف الى البقر ثم المالك بالخيار ان شاء صرفه الى الغنم
وان شاء الى الابل لاتحاد الواجب فيهما والاصل في جنس هذه المسائل انما كان انفع للفقراء لا يصرف
الدين اليه وقوله والمراد دين له مطالب ظاهر وقوله حال بقاء النصاب وكذا بعد
الاستهلاك صورته رجل ملك مائتي درهم مضى عليه حولان ليس عليه زكاة السنة الثانية
لان وجوب زكوة السنة الاولى صار مانعا عن وجوبها في السنة الثانية لانتقاص النصاب بزكاة
الاولى ولو حال الحول على المائتين فاستهلك النصاب قبل اداء الزكوة استفاد مائتي درهم وحال
الحول على المستفاد لا يجب عليه زكوة المستفاد لان وجوب زكوة النصاب الاول دين في ذمته
بسبب الاستهلاك تمنع وجوب الزكوة وقوله خلافا لزفر فيهما اي في النصاب الذي وجب فيه
الزكوة وفي النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك فانه لم يجعل هذين الدينين مانعين عن الزكوة
لانه لا مطالب له من جهة العباد فصار كدين النذور والكفارة وقوله ولابي يوسف في الثاني اي ١٠٤
في النصاب الذي وجب فيه دين الاستهلاك على ما روي عنه اي على ما روى عنه اصحاب الاملاء
وقوله لان له مطالبا في السوائم وهو الامام وكذا في اموال التجارة فان الملاك نوابه دليلنا وهو هذا

لانه ثم

لان ظاهر قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال وكذا كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم والخليفتان رضي الله عنهما بعده عليه السلام كانوا ياخذون الى ان فوض عثمان رضي الله
عنه في خلافته اداء الزكوات عن الاموال الباطنة الى ملاكها لمصلحة هي ان النقد مطمع كل طامع
فكره ان يفتش السعاة على التجار مستور اموالهم ففوض الاداء اليهم وحق الاخذ للساعي لعرض
الثبوت في ذلك ايضا فانه اذا امر على العاشر كان له ان ياخذ منه الزكوة فيطالبه وتحبسه ودلالة
منع وجوب الزكوة وبهذا فرق ابو يوسف بين دين الزكوة ودين الاستهلاك فان دين النصاب
المستهلك لا مطالب له من جهة العباد بخلاف النصاب القائم فانه يمكن ان يمر به على العاشر فيثبت
له ولاية المطالبة ح وقوله لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية يعني ان الاشتغال
بالحاجة الاصلية وعدم النماء كل منهما مانع عن وجوبها وقد اجتمعا ههنا اما كونها مشغولة بها
فلانه لا بد له من دار يسكنها او ثياب يلبسها واما عدم النماء فلانه انما خلق كما في الذهب والفضة
او بالاعداد للتجارة وليسا بموجودين ههنا وقوله وعلى هذا كتب العلم يعني انها تمنع وجوبها اذا لم
تكن للتجارة سواء كانت مع اهلها او مع غيرهم لعدم النماء وعلى هذا فقوله لاهلها غير مفيد ههنا وانما يفيد
في حق المصرف فان اهل كتب العلم اذا كانت له كتب تساوي مائتي درهم فان كان يحتاج اليها للتدريس
ونحوه جاز صرف الزكوة اليه والا فلا وقوله وآلات المحترفين قيل يريد بها ما ينتفع بعينه ولا يبقى
اثره في المعمول كالصابون والحرض وغيرهما لكون الاجر جميعه مقابلا بالمنفعة فلا يتخذ من مال التجارة
واما ما يبقى اثره فيه كما لو اشترى الصباغ عصفرا او زعفرانا ليصبغ للناس بالاجر وحال عليه الحول فانه
تجب فيه الزكوة اذا بلغ نصابا لان الماخوذ من الاجر مقابل بالعين وقوله لما قلنا يعني انها ليست بنامية
قال ومن له على آخر دين يجحده سنين • لما فرغ من بيان من تجب عليه الزكوة ومن لا تجب
شرع في بيان الاموال التي لا تجب فيها وهي ما يسمى ضمارا وهو الغائب الذي لا يرجى وصوله فاذا رجي
فليس بضمار كذا نقل المطرزي عن ابي عبيد واصله من الاضمار وهو التغييب والاخفاء ومنه اضمر
في قلبه وقالوا الضمار ما يكون عينه قائما ولا ينتفع به كالدين المجحود والمال المفقود والعبد
الآبق والمغصوب اذا لم تكن عليه بينة وقوله معناه صارت له بينة بان اقر عند القاضي انما
قيد بذلك احترازا عن مسئلة تاتي بعد هذا وهي قوله وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة وقوله
والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه قيد بالمفازة احترازا عن المدفون في ارض له او كرم او بيت
على ما يجيء وقوله لهما ان زفر والشافعي ان السبب قد تحقق والمانع منتف وكل ما كان تحقق لاجله
اما تحقق السبب فلانه نصاب نام على ما مر واما انتفاء المانع فلانه لو كان ثمة مانع لكان فوات
اليد وهو لا يخل بالوجوب كما في ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكاة في المال الضمار وقوله
ولان السبب الى آخره دليل معقول على المانعة بان يقال لا نسلم ان السبب قد تحقق لان السبب هو المال
النامي وهو غير متحقق لان النماء انما يكون بالقدرة على التصرف ولا قدرة على المال الضمار وقوله وابن
السبيل يقدر بنائبه جواب عن قولهما كما في ابن السبيل وتقريره سلمنا ان السبب قد تحقق ولكن لا
نسلم ان المانع منتف قوله وفوات اليد غير مخل بالوجوب قلنا ممنوع قوله كما في ابن السبيل
قلنا قياس فاسد لان ابن السبيل قادر على التصرف بنائبه ولهذا لو باع شيئا من ماله جاز لقدرته
على التسليم بنائبه وقوله والمدفون في البيت نصاب اي موجب لوجوب الزكوة لتيسر الوصول
اليه لكون البيت بيده بجميع اجزائه فيصل اليه بحفره وفي المدفون في ارض مملوكة او كرم اختلاف
مشايخ بخارى فقيل تجب لامكان حفر جميع الارض والوصول اليه وقيل لا تجب لان حفر جميعها اذا لم يكن

متعذرا كان متعسرا او الحرج مدفوع ولو كان الدين على مقر مليء اي غني حقيقة او مفلس تجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء اي في الملي او بواسطة التحصيل يعني في المفلس فكان من قبيل الدين والتسرع على الشيء وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم القاضي به لما قلنا يعني من امكان الوصول اليه قال الامام فخر الاسلام ولو كان له بينة عادلة وجبت الزكوة فيما مضى لانه لا يعذر وبالمال ان حجة البينة فوق حجة الاقرار وهذا رواية هشام عن محمد وفي رواية اخرى عنه قال لا يلزمه الزكوة لما مضى وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد يعدل ولا كل قاض يعدل وفي المجاثاة بين يدي القاضي للخصومة ذل والبينة بدون القضاء لا تكون موجبة شيئا بخلاف الاقرار لانه يوجب الحق بنفسه وبخلاف ما اذا كان الدين معلوما للقاضي لان صاحب الدين هناك لا يحتاج الى الخصومة لان القاضي يلزمه بعلمه وقوله ولو كان على مقر مفلس بفتح اللام المشددة فهو نصاب اي موجب للزكوة عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي اي اشهاده بانه مفلس لا يصح عنده فكان وجوده كعدمه ولو لم يفلسه وجبت عليه الزكوة بالاتفاق لامكان الوصول بواسطة التحصيل كما مر فكذا بعدما فلس وعند محمد لا يجب عليه لتحقق الافلاس بالتفليس ولما صح التفليس عنده صار بمنزلة المال التاوي والمجحود وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس حتى يسقط المطالبة الى وقت اليسار ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة فتجب لما مضى اذا قبض عنده رعاية لجانب الفقراء قوله ومن اشترى جارية للتجارة ظاهر وحاصله ان النية اذا اقترنت بالعمل وجب اعتبارها واذا تجردت عن العمل لا يعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارة عمل الجوارح فلا يحصل بمجرد النية لانها لا تصلح لترك العمل دون انشائه وقوله وان اشترى شيئا ونواه للتجارة مبناه ما تقدم فانه اذا اشترى ونوى قرنت نيته العمل واذا ورث ونوى تجردت النية عن العمل لما ان الميراث يدخل في ملكه بغير علمه وصنعه حتى ان الجنين يرث وان لم يكن منه فعل وصنع ولو ملكه بالهبة او بالوصية او بغيرهما مما ذكر في الكتاب ونوى التجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رحمه الله لاقترانها بالعمل وهو القبول وعند محمد رحمه الله لا يكون للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة لان هذه العقود ليست تجارة والحاصل ان ما يدخل في ملك الرجل على نوعين نوع يدخل بغير صنعه كالارث ونوع يدخل بصنعه وهو ايضا على نوعين ببدل مالي كالشراء والاجارة وغيره كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وبغير بدل كالهبة والوصية والصدقة فالذي يدخل بغير صنعه لا يعتبر فيه نية التجارة مجردة بالاتفاق والذي يدخل ببدل مالي يعتبر فيه نية التجارة بالاتفاق والذي يدخل ببدل غير مالي او بغير بدل فقد اختلف فيه على ما ذكرنا قيل قوله وان اشترى شيئا ونوى للتجارة كان للتجارة ليس على اطلاقه فان من اشترى شيئا لم تصح فيه نية التجارة كمن اشترى ارضا عشرية او خراجية بنية التجارة فانه لا يجب فيه زكوة التجارة لان نية التجارة فيها لا تصح لانها لو صحت لزم فيها اجتماع الحقين بسبب واحد وهو الارض وهو لا يجوز واذا لم تصح بقيت الارض على ما كان وقوله ذكر الاختلاف على عكسه يعني ما نقل الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد انه ذكر في مختلفه هذا الاختلاف على عكس ما ذكر في الكتاب وهو انه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما لا يكون للتجارة وفي قول محمد يكون لها **قال** ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء ● الزكوة عبادة فلا بد لها من نية ولا معتبر لها الا اذا قارنت العمل فان قارنت الاداء فظاهر وان قارنت عزل مقدار الواجب فلما ذكر بقوله لان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا فانا لو شرطنا وجودها عند كل دفع لزم الحرج فكان كتقديم النية في الصوم قوله ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة اي غيرنا ولها سقط عنه فرضها استحسانا والقياس ان لا يسقط قيل وهو قول زفر لان النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من التعيين كما في الصلوة ووجه الاستحسان ما ذكره ان الواجب جزء منه اي من جميع المال وهو ربع العشر فكان متعينا فيه اي في الجميع والمتعين لا يحتاج الى التعيين ولقائل ان يقول الواجب متعين بتعيين المؤدي او بتعيين الشارع

لا يشار الى الاول لكونه خلاف المفروض والثاني انما يتعين اذا لم يزاحمه مزاحم كصوم رمضان وهنا ليس كذلك لان النفل مشروع والجواب انه متعين بتعيين المؤدي بدلالة حاله لكن الخلاف فيه الخ وعليه حجة الاسلام والمزني عدم تعيينه نصا لا دلالة ولو سلك ههنا المسلك الذي سلكه في التقرير وهو ان يقال الزكوة سقطت عنه لا اداء لها وان السقوط عنه انما هو تخفيف عليه فيكتفي بمطلق النية بتيسير العادة كان اسهل ماخذا ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع فلو تصدق بالجميع سقط الجميع فكذا اذا تصدق بالبعض اعتبارا للبعض بالكل وعند ابي يوسف لا تسقط لان البعض المؤدى غير متعين لكونه بعض الواجب الذي يحتمه لكون الباقي محلا للواجب فوجدت مزاحمة سائر الاجزاء بخلاف ما اذا تصدق بالجميع فانه لم يبق فيه مزاحم ولقائل ان يقول الباقي محل للواجب كله او لحصته والاول عين النزاع والثاني هو المطلوب وروي ان ابا حنيفة مع محمد في هذه المسئلة

باب صدقة السوائم

ذكر في المبسوط ان محمدا رحمه الله بدأ في كتاب الزكوة بزكوة المواشي اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الصدقة واراد بها الزكوة اقتداء بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية اي رعت سوما واسامها صاحبها اسامة

فصل

في الابل بدأ في باب صدقة السوائم بفصل الابل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى ابي بكر رضي الله عنه هكذا والذود من الابل من الثلاث الى العشر وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها واضافة خمس الى ذود كاضافة في قوله تسعة رهط في كونها اضافة العدد الى مميزه الذي هو بمعنى الجمع كانه قال تسعة انفر وقيل الاصل في الزكوة ان تجب في كل نوع منه فكيف وجبت الشاة في الابل قلت بالنص على خلاف القياس ولان الواحد من خمس والواجب هو ربع وفي ايجاب الشقص ضرر عيب الشركة فاوجبت الشاة لانها تقرب بربع عشر الابل لانها تقوم بخمسة دراهم هناك وبنت مخاض باربعين فايجابها في خمس من الابل كايجاب الجذع من المائتين **وقوله** فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض على هذا اتفقت الاثار واجمع العلماء الا ما روي شاذا عن علي رضي الله عنه انه قال في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين ابنة مخاض قال سفيان الثوري هذا غلط وقع من رجال علي رضي الله عنه اما علي فانه افقه من ان يقول هكذا لان في هذا موالاة بين الواجبين لا وقص بينهما وهو خلاف اصول الزكوات فان مبناها على ان الوقص يتلو الوجوب وقوله وهي التي طعنت اي دخلت في الثانية وانما سميت بنت مخاض لمعنى في امها لان امها صارت مخاضا باخرى اي حاملا وكذلك سميت بنت لبون لمعنى في امها فانها تكون ذات لبن بولادة اخرى وسميت حقة لمعنى فيها وهو انها حق لها ان تركب ويحمل عليها وسميت جذعة لمعنى في ذات المعنى في اسنانها معروف عند ارباب الابل وهي اعلى الاسنان التي يؤخذ في زكاة الابل وبعدها ثني وسديس وبازل ولا يجب شيء من ذلك لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم السعاة عن اخذ كرائم اموال الناس واعلم ان من صفات الواجب في الابل الانوثة قال صاحب التحفة لا يجوز فيها سوى الاناث الا بطريق القيمة وقيل في ذلك بان الشرع جعل الواجب في نصاب الابل الصغار دون الكبار فانه لا يجوز الاضحية بها وانما يجوز بالثني فصاعدا وكان ذلك تيسيرا لارباب المواشي وجعل الواجب ايضا من الاناث لان الانوثة تعد فضلا في الابل اشارة الى ان الفريضة تفسير الاستيناف انه لا يجب ضم ما زاد على الواجب وسطا وقد جاءت السنة بتعيين الوسط ولم يعين الانوثة في البقر والغنم لان الانوثة فيهما لا تعد فضلا وقوله ويستأنف الفريضة تفسير الاستيناف انه لا يجب فيما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ الزيادة خمسا فاذا بلغت خمسا كان فيها شاة مع الواجب المتقدم وهو الحقتان بقوله مع الحقتين قيد فيما بعده الى قوله بنت مخاض وقوله الى مائة وخمسين يعني من اول النصاب فيكون جملة النصاب مائة وخمسين وخمسة واربع حقاق وبنت مخاض فاذا زادت على ذلك خمسة

صارت مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق وقوله ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة يعني مع ثلاث حقاق وكذلك فيما بعده وقوله ثم تستأنف الفريضة أبدا كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين فقيد بذلك احترازا عن الاستئناف الذي بعد المائة والعشرين فإن ذلك ليس فيه إيجاب بنت لبون ولا إيجاب أربع حقاق لعدم نصابها لأنه لما زاد خمس وعشرون على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة وأربعين فهو نصاب بنت مخاض مع الحقتين فلما زاد عليها خمس وصارت مائة وخمسين وجبت ثلاث حقاق وقوله وهذا أي الاستئناف بعد المائة والعشرين وبعد المائة والخمسين وبعد المائتين مذهبنا وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى إذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فإذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الأربعينات والخمسينات فيجب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة واستدل على ذلك بما روي أنه كتب إذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون ولم يشترط عود ما دونها يعني من غير أن يوجب في خمس وعشرين بنت مخاض ومن غير أن يوجب في الخمس شاة ولنا حديث قيس بن سعد رضي الله عنه قال قلت لأبي بكر محمد بن عمرو بن حزم أخرج لي كتاب الصدقات الذي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فأخرج كتابا في ورقة وفيه فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة فما كان أقل من خمس وعشرين ففيها الغنم في كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة إذ ليس في حديثهم ما ينفي ذلك وقد عملنا بحديثهم أيضا لأنا أوجبنا في الأربعين بنت لبون فإن الواجب في الأربعين ما هو الواجب في ستة وثلاثين وكذلك أوجبنا في خمسين حقة وقوله والبخت والعراب سواء البخت جمع بختي وهو المتولد بين العربي والعجمي منسوب إلى بخت نصر والعراب جمع عربي وإنما كانا سواء لأن اسم الإبل المذكور في الحديث يتناولهما واختلافهما في الصفة لا يخرجهما من النوع

فصل في البقر

قدم فصل البقر على الغنم لتناسبهما ضخامة وقيمة وهو مشتق من البقر وهو الشق وسمي به البقر لأنه يشق الأرض ولا خلاف في أن ثلاثين وأربعين نصاب زكاة البقر على ما ذكر في الكتاب واختلفت الرواية فيما زاد على الأربعين على ما نذكر والتبيع من ولد البقر ما يتبع أمه والمشتق منه ومن الشاة ما تمت له سنتان وإنما خير بين الذكر والأنثى لأن الأنوثة في البقر لا تعد فضلا كما تقدم وقوله بهذا أي بما ذكرنا من التبيع أو التبيعة في ثلاثين والمسن أو المسنة في أربعين أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضي الله عنه فإذا زادت على الأربعين فقد روي عن أبي حنيفة ثلاث روايات ففي رواية الأصل يجب في الزيادة بقدر ذلك إلى ستين ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الثنتين نصف عشر مسنة وفي رواية الحسن عنه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع وفي رواية أسد بن عمرو عنه وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وجه الأولى أن العفو فيما بين الثلاثين والأربعين وبين الستين وما فوقها ثبت نصا بخلاف القياس لما فيه من إخلاء المال عن الواجب مع قيام المقتضي وهو إطلاق قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقيام الأهلية ولا نص هنا فأوجبنا فيما زاد بحسابه وجعلنا التشقيص وإن كان خلاف موضوع الزكاة ضرورة لعدم إخلائه عن الواجب ووجه رواية الحسن أن مبنى هذا النصاب أي نصاب البقر على أن يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل ما قبل الأربعين وبعد الستين فيكون بين الأربعين والخمسين والستين كذلك لكنه خير بين إعطاء ربع مسنة وثلث تبيع لأن الزيادة على الأربعين عشرة وهي ثلث ثلاثين وربع أربعين فيخير بينهما ووجه رواية أسد وقولهما قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رضي الله عنه لا تأخذ من أوقاص البقر شيئا وفسروها بما بين أربعين إلى ستين والأوقاص جمع وقص بفتح القاف وهو ما بين الفريضتين قلنا قد قيل إن المراد بها الصغار يعني أن المراد بالأوقاص العجاجيل ونحن

نقول

نقول بعد ذلك وقوله ثم في الستين تبيعان إلى آخره ظاهر لا يحتاج إلى شرح

فصل في الغنم

قدم فصل زكاة الغنم على الخيل إما لكون الحاجة إلى بيانه أمس لكثرته وإما لكونه متفقا عليه والغنم اسم جنس يقع على الذكر والأنثى وما في الكتاب ظاهر إلا كلمات فنذكرها قوله والضأن والمعز سواء يعني في تكميل النصاب لا في أداء الواجب لما سنذكر أن الجذع من المعز لا يجوز وقوله لأن النص ورد به يعني ما كتب في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في أربعين من الغنم شاة الحديث وقوله والجذع ما أتى عليه أكثرها روي عن أبي علي الدقاق أنه ما طعن في الشهر السابع وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ما طعن في الشهر التاسع وذكر في شرح الأقطع قال الفقهاء إن الجذع من الغنم ما تمت له ستة أشهر وهذا تفسير علماء الفقه وعن الأزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر والثني الذي ألقى ثنيته وهو من الإبل ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الغنم والبقر ما استكمل الثانية ودخل في الثالثة ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها بعد الجذع وقبل الرباعي هذا تفسير أهل اللغة وقوله وعن أبي حنيفة وهو قولهما يريد به ما روى الحسن عنه وقوله ولأنه يتأدى به الأضحية فكذا الزكاة يعني أن باب الأضحية أضيق ألا يرى أن التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز ويجوز أخذها في الزكاة فإذا كان للجذع مدخل في الأضحية ففي الزكاة أولى وقوله وجواز التضحية جواب عن قوله ولأنه يتأدى به الأضحية يعني أن جواز الأضحية بالجذع عرف بنص خاص في التضحية وهو قوله صلى الله عليه وسلم نعمت الأضحية الجذع من الضأن فلا يتعداها والزكاة ليست في معناها لأن المقصود بها إراقة الدم والجذع ربما أربى على الثني في ذلك ولا كذلك الزكاة فلا تلحق بالأضحية دلالة

فصل في الخيل

وجه تأخيره عن فصل الغنم قد تقدم وكلامه واضح وقوله هو المنقول أي تأويل ما رواه بفرس الغازي هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه فإن هذه الحادثة وقعت في زمن مروان فشاور الصحابة رضي الله عنهم فروى أبو هريرة رضي الله عنه ليس على الرجل في عبده وفرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ما تقول يا أبا سعيد فقال أبو هريرة عجبا من مروان أحدثه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول ما تقول يا أبا سعيد فقال زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما أراد به فرس الغازي فأما تاجر طلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار أو عشرة دراهم والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه فإنه كتب إلى أبي عبيدة ابن الجراح رضي الله عنه يأمره أن يأخذ من الخيل السائمة عن كل فرس دينارا أو عشرة دراهم وقيل كان ذلك في خيل العرب لتقارب قيمتها وأما في أفراسنا فيقومها لا غير فإن قيل لو وجب فيها الزكاة لكان للإمام أخذها جبرا ولوجب في عينها كما في سائر السوائم وليس كذلك بالإجماع أجيب بأنه لم يثبت له ذلك لأن الخيل مطمع لكل طامع فيخشى على صاحبه التعدي بالأخذ ولم يجب من عينها لأن مقصود الفقير لا يحصل به لكونه غير مأكول اللحم عنده وقوله وليس في ذكورها منفردة زكاة لأنها لا تتناسل لا يستشكل بذكور الإبل والبقر والغنم منفردات فإنها لا تتناسل ووجب فيها الزكاة وأجيب بأن النماء شرط وجوب الزكاة لا محالة وهو في الخيل بالتناسل لا غير ولا تناسل في ذكور الخيل منفردة وأما غيرها فالنماء فيها كما يكون به يكون باللحم والذكور تجب فيه الزكاة فإن قيل ما وجه الرواية التي تجب فيها في الذكور المنفردة أيضا ولا تناسل ثمة على ما ذكرتم أجيب بأن وجهها أن الأثر جعلها نظير سائر أنواع السائمة فإنه بسبب السوم تخف المؤنة على صاحبه وبه يصير مال الزكاة فكانت كأنواعها وقوله لم ينزل علي فيها شيء روي أنه سئل عن الحمير فقال لم ينزل علي فيها إلا هذه الآية الجامعة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره

فصل

قال صاحب النهاية وجدت في هذا الموضع مكتوبا

بخط شيخي رحمه الله مناسبة ايراد هذه المسئلة ههنا هو انه لما فرغ من بيان حكم الكبار من النوع شرع في بيان
حكم الصغار واقول لكن الفصل مختصرا في ذلك بل فيه غيره فكان الفصل ههنا كما بل شيء يكتب في آخر الانواع
والفصلان جمع الفصيل وهو ولد الناقة من فصل الرضيع عن امه والحملان بضم الحاء وقيل بكسرها ايضا
جمع الحمل وهو الضائنة في السنة الاولى والعجاجيل جمع عجول من اولاد البقر حين تضعه امه الى شهر كذا
في المغرب قيل في صورة المسئلة رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان او ثلثين من العجاجيل او اربعين
من الحملان او وهب له ذلك هل ينعقد عليه الحول ام لا على قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لا ينعقد وعند زفر
ينعقد حتى لو حال عليها الحول من حين ما ملكها وجبت الزكوة وقيل صورتها اذا له نصاب سائمة فمضى عليه ستة
اشهر فولدت مثل عددها ثم هلكت الاصول وبقيت الاولاد هل يبقى حول الاصول على الاولاد عندهما
لا يبقى وعند الباقين يبقى وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن ابي يوسف انه قال دخلت على ابي حنيفة رضي الله
عنه فقلت ما تقول فيمن ملك اربعين حملا فقال فيها شاة مسنة فقلت ربما يأتي قيمة الشاة على اكثرها او
جميعها فتأمل ساعة ثم قال لا ولكن يؤخذ واحدة منها فقلت اويؤخذ الحمل في الزكوة فتأمل ساعة ثم قال لا
اذا لا يجب فيها شيء فأخذ بقوله الاول زفر وبقوله الثاني ابو يوسف وبقوله الثالث محمد رحمهم الله وعد
هذا من مناقبه حيث تكلم في مسئلة في مجلس ثلثة اقاويل فلم يضع شيء منها وجه قوله الاول ان الاسم المذكور
في الخطاب يعني قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة ينتظم الصغار والكبار لكونه اسم جنس كاسم الادمي
ولهذا لو حلف لا يأكل لحم ابل فأكل لحم الفصيل حنث واجيب بان الواجب قليل من الكبير واخذ المسنة من الصغار
ليس كذلك لان قيمتها قد يأتي على اكثر النصاب ووجه قوله الثاني انا لو اوجبنا فيها ما يجب في المسان وهو لا
يوجد فيها كان اضرارا بصاحب المال وهو يقتضي عدم الوجوب ولو لم نوجب شيئا كان اضرارا بالفقراء
لان الصغار نصاب فان الكبار يكمل بها نصابا وكل ما هو كذلك كان نصابا بنفسه كالمهازيل وعليه الجمهور فانها
لا يكمل بها نصاب فلا يكون في نفسها نصابا فاوجبنا واحدة منها كما في المهازيل فانا لا نوجب فيها السمين وانما
نوجب واحدة منها وهذا معنى قوله تحقيقا للنظر من الجانبين ووجه قوله الاخر ما قاله ان المقادير لا يدخلها
القياس الى اخره وتقريره ان ايجاب ما ورد به الشرع من الاسنان ههنا ممتنع لانا لا نوجد في الصغار واذا
ورد امتنع ما ورد به الشرع ههنا امتنع ملزومه اصلا لانه لو كان بالقياس والمقادير لا يدخلها القياس
والقطان بتخريج من هذا جواب ابي يوسف فانه قاس على المهازيل وهو فاسد لان المهازيل يوجد فيها ما ورد
به الشرع من الاسنان ولو كان فيها واحد من المسان الى اخره يعني انه اذا كان في الحملان كبار جعلت الصغار
تبعا لها في انعقادها نصابا ولا يتأدى الزكوة بالصغار بل يدفع لها من الكبار ان كان على مقدار الواجب بانه
اذا كان له مسنتان ومائة واربعة عشر حملا يجب فيها مسنتان وان كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا
فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب مسنة واحدة وعند ابي يوسف مسنة وحمل وعلى هذا القياس فصل الابل
والبقر والاصل في ذلك ما قال عمر رضي الله عنه عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على كفه ولا تأخذها
منهم فقد نهى عن اخذ الصغار عند الاختلاط وقوله ثم عند ابي يوسف الى اخره يعني ان الروايات عن ابي يوسف
اختلفت في الفصلان روى محمد عنه انه لا يجب فيها الزكوة حتى يبلغ عددا لو كانت كبارا وجب فيها واحدة منها
وذلك بان يبلغ خمسة وعشرين ثم لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا ثنى الواجب وذلك بان
يبلغ ستة وسبعين فحينئذ تجب منها اثنان ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا ثلث الواجب بان يبلغ مائة وخمسة
واربعين فيجب منها ثلثه ولا يجب فيما دون خمسة وعشرين ووجهه ان الواجب كان تعين بالنص باعتبار العدد
والسن وقد تعذر اعتبار السن في الفصلان فبقي العدد معتبرا قال محمد وهذا غير صحيح فان رسول الله صلى الله عليه
وسلم اوجب في خمس وعشرين واحدة في حال اعتبر قبله اربعة نصب واوجب في ستة وسبعين اثنين في موضع

اعتبر

اعتبر ثلثة نصب بينها وبين خمس وعشرين وفي المال الذي لا يمكن اعتبار هذه النصب لو اوجبنا كان بالرأي
لا بالنص وروى ابن سماعة عنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل هكذا الى خمس وعشرين
ووجهه انه اعتبر البعض بالجملة وروى عنه انه ينظر في الخمس الى قيمة خمس فصيل والى قيمة شاة فيجب اقلهما
وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل وفي خمسة عشر يجب الاقل من قيمة ثلث شياه ومن قيمة ثلاثة اخماس
فصيل وفي العشرين يجب الاقل من اربعة اخماس فصيل وفي الخمس والعشرين يجب واحدة منها وهذا يعني
قوله على هذا الاعتبار ووجه هذه الرواية ان الاقل متيقن فيتعين **قال** ومن وجب عليه
سن السن هي المعروفة ثم سمي بها صاحبها فالباب للمسنة من النوق ثم استعيرت لغيره كابن المخاض وابن
اللبون وذكر السن واراده ذات السن انما يكون في الحيوان لا في الانسان لان عمر الدواب يعرف بالسن
قوله ومن وجب عليه سن صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون ولم يوجد عنده يأخذ المصدق الحقة
ويرد الفضل او وجب عليه حقة ولم توجد يأخذ بنت لبون ويأخذ الفضل قال في النهاية ظاهر ما ذكر
في الكتاب يدل على ان الخيار للمصدق وهو الذي يأخذ الصدقات ولكن الصواب ان الخيار الى من عليه
لان الخيار شرع رفقا بمن عليه الواجب والرفق انما يتحقق بتخييره فكأنه اراد به اذا امتنع نفس من عليه
اذ الظاهر من حال المسلم انه يختار ما هو الارفق بالفقراء واقول ظاهر ما في الكتاب لا يدل على ذلك
وانما يدل على ان الخيار في الوجه الاول للمصدق حيث قال له ان لا يأخذ ويطالب بعين الواجب
او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني لمن عليه حيث قال يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة
ولا بعد في ان يكون مختار المصنف التفصيل بناء على ما ذكر من الدليل هذا اذا اراد بالكتاب الهداية
وان اراد به القدوري فالظاهر منه ليس بمراد كما استدل عليه المصنف وفي قوله ورد الفضل
اشارة الى نفي مذهب الشافعي وهو ان الجبران ما بين السنين عنده مقدر بشاتين او عشرين درهما
لقوله عليه السلام من وجب في ابله بنت لبون فلم يجد المصدق الا حقة اخذها ورد شاتين او عشرين درهما
ما استيسرتا عليه وان لم يجد الا ابنة مخاض اخذها واخذ شاتين او عشرين درهما ما استيسرتا عليه وعندنا
ذلك بحسب الغلاء والرخص وانما قال عليه السلام ذلك لان التفاوت ما بين السنين في زمانه كان
ذلك القدر لا انه تقدير شرعي وكيف ذلك وربما يؤدي الى الاضرار بالفقراء واذا اخذ بنت مخاض
والاجحاف بارباب الاموال لانه اذا اخذ الحقة ورد شاتين فربما تكون قيمتهما قيمة الحقة فيصير
تاركا للزكوة عليه معنى وهو اضرار بالفقراء واذا اخذ بنت مخاض وشاتين فقد يكون قيمتهما قيمة
بنت لبون فيكون اخذا للزكوة منهما وابنة المخاض يكون زيادة وفيه اجحاف بارباب الاموال **قال**
ويجوز دفع القيمة في الزكوة • اداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكوات والصدقات والعشور
والكفارات جائز لا على ان القيمة بدل عن الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز عند عدم القدرة
على الاصل واداء القيمة مع وجود عين المنصوص عليه في ملكه جائز فكان الواجب عندنا احدهما اما العين
او القيمة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا للمنصوص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في اربعين
شاة شاة كما في الهدايا والضحايا وقوله ايصالا للرزق الموعود مفعول له وجبران محذوف اي ثابت
او نحوه وروي ايصالا وهو خبر ان فعلى النسخة الاولى تقرير كلامه ان الامر باداء الزكوة الى الفقراء من الله
تعالى انما الزكوة لايصال الرزق الموعود لقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها
الآية ثابت في الواقع والامر بذلك يبطل تعيين الشاة اما ثبوت ذلك في الواقع فلان الله تعالى وعد
ارزاقهم ثم امرهم بايتاء ما اوجب عليهم ايجازا للوعد كما دلت عليه الاية واما ان الامر
يبطل تعيين الشاة فلان المأمور به الشاة ووجه القربة في الزكوة سد خلة المحتاج وهي مع كثرتها واختلاف

لا يتحد بعض الشاة فكان اداؤها بالاستبدال على ما عرف في الاصول وفي ذلك ابطال قيد الشاة وتحصيل به الرزق
الموعود وغيره وعلى الثانية الامر بالاداء الى الفقراء ايصال للرزق الموعود اليه وايصال ذلك
اليه ابطال القيد الشاة لان الرزق لم يتحصر في اكل اللحم فكان اداؤها بالاستبدال الى اخره وكان
هذا كالجزية فانها وجبت لكفاية المقاتلة ويجوز فيها دفع القيمة بالاجماع بخلاف الهدايا والضحايا فان
القربة فيها اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لم يلزمه شيء وهي ليست بمتقومة ولا معقولة
المعنى **قال** وليس في العوامل والعلوفة شيء والعلوفة بالفتح ما يعلفون من الغنم وغيره الواحد والجمع سواء
من علف الدابة اطعمها العلف والعلوفة بالضم جمع علف قوله له ظواهر النصوص يعني قوله تعالى خذ من
اموالهم صدقة وقوله صلى الله عليه وسلم خذ من الابل ابلا وفي اربعين شاة شاة وغير ذلك مما فيه كثرة
ولنا حديث علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال ليس في الابل الحوامل صدقة وحديث ابن عباس
رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس في البقر العوامل صدقة وحديث جابر رضي الله عنه عن النبي
عليه السلام ليس في البقر المثيرة صدقة وهو مذهب علي وجابر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم ولان
السبب هو المال النامي وهذه الاموال ليست بنامية لان دليل النماء الاسامة او الاعداد للتجارة
ولم يوجد واحد منهما واذا انتفى السبب انتفى الحكم وقوله ولان في العلوفة اي ولان السبب هو المال
النامي ولا نماء في هذه الاموال لان المؤنة تتراكم فيها فينعدم النماء معنى وفيه بحث من وجهين احدهما
انكم ابطلتم اطلاق الكتاب بخبر الواحد وهو لا يجوز عندكم لكونه نسخا وحملتم المطلق في الاخبار على
المقيد وهو لا يجوز عندكم ايضا والثاني ان دليل النماء الاسامة او الاعداد للتجارة كما ذكرتم وتراكم المؤنة
لا يبطل النماء بالاعداد للتجارة فان من اشترى خمسا من الابل بنية التجارة وعلفها جميع السنة وجبت
عليه الزكاة في اخر السنة فما باله ابطل النماء بالاسامة والجواب عن الاول ان الاطلاق ليس على ظاهره
بالاجماع الا ترى انه مطلق عن حولان الحول ولا يجب الا به فكانت الاية لبيان وجوب الاخذ وهي فيما بداه مجمل
لحق الاخبار بيانا لذلك ولم نحمل المطلق على المقيد وانما جعلنا المقيد متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فان
الاصل هو الاطلاق لكونه عدما فلو قدمنا المقيد نسخ الاطلاق ثم المطلق بعده فعكسناه دفعا لذلك
وعن الثاني بان الاسامة والعلف متضادان فاذا وجد العلف انتفى الاسامة ولا كذلك التجارة ثم
السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة اما في الاكثر فلان
القليل تابع للاكثر لان اصحاب السوائم لا يجدون بدا من ان يعلفوا سوائمهم في وقت البرد والثلج كما في البلاد
الباردة واما في النصف فلانه وقع الشك في ثبوت سبب الايجاب فلا يجب ولا ترجح جهة الوجوب بجهة
العبادة لان الترجيح انما يكون بعد ثبوت السبب قال في النهاية ثم هذا الذي ذكره من الاسامة في
حق ايجاب زكاة السوائم انما يصح ان لو كانت الاسامة للدر والنسل والتسمين واما الاسامة للتجارة فلا
يجب فيها زكاة السائمة وكذلك في الاسامة للحمل والركوب **وقوله** ولا ياخذ المصدق خيار المال
ظاهر وقوله من حزرات اموال الناس الحزرات والجزرات بالحاء المهملة والمعجمة جمع حزرة بالتحريك
وهو خيار المال والحاشية صغار الابل لا كبار فيها وذكر في المغرب خذ من حواشي اموالهم اي من عرضها
اي من جانب جوانبها من غير اختيار وهي في الاصل جمع حاشية الثوب وغيره لجانبه وتفسير المصنف بقوله اي
اوساطها غير ذلك وهو الحق بقوله ولان فيه نظرا من الجانبين **قال** ومن كان له نصاب
المستفاد على ضربين من جنس الاصل ومن خلاف جنسه والثاني لا يضم بالاتفاق كما اذا كان له ابل فاستفاد
في اثناء الحول بقرا او غنما وانما يستانف له حولا بداية والاول لا يخلو اما ان يكون حاصلا بسبب الاصل
كالاولاد والارباح او بسبب مقصود فان كان الاول يضم بالاجماع وان كان الثاني مثل ان يكون عنده رجل

مقدار

مقدار ما يجب فيه الزكاة من سائمة فاستفاد من ذلك الجنس في خلال الحول شراء او هبة او ميراث ضمها
وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعي رحمه الله يستانف له حولا جديدا من حين ملكه فاذا تم
الحول وجب فيه الزكاة بناء على انه لم يكن له اصل في حق الملك لحصوله بسبب غير سبب الاصل وكل ما
كان كذلك كان له حكم نفسه اصلا في الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة
للملك حتى ملكت بملك الاصل دون سبب مقصود ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها
يعني عند المجانسة يتعسر التمييز لان المستفاد مما يكثر وجوده لكثرة اسبابه فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد
لان مراعاته فيه انما يمكن بعد ضبطه كميته وكيفيته وزمان تجدده وفي ذلك حرج لا سيما اذا كان النصاب
دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهما ودرهمين والحول ما شرط الا تيسيرا فلو شرطنا له حولا جديدا
عاد على موضوعه بالنقض فاذا ثبت ان علة الضم في الاولاد والارباح المجانسة وهي موجودة في محل النزاع وجب
القول بثبوت الحكم فيه فان قيل قد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول
وعلى تقدير وجوب الزكاة بلا قول اجيب بانا ما اسقطنا الحول وانما جعلنا حولان الحول على الاصل حولانا على المستفاد
تيسيرا فان عورض بان الحكم في الاولاد والارباح بطريق السراية فلا يثبت الحكم في محل النزاع قلنا ممنوع فان
هذا الحكم قد ثبت في الامهات بالاولاد فان من كان له مائة وعشرون شاة فولدت واحدة منها قبل الحول ثم
الحول وجبت عليه شاتان فكان الوجوب على الام وغيرها بسبب الولد فتبين ان لم يكن بطريق السراية وقوله
والزكاة عند ابي حنيفة صورته ظاهرة فان من كان له تسع من الابل حال عليها الحول فهلك منها اربع فعليه
في الباقي شاة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر عليه خمسة اتساع شاة وكذلك الخلاف من الجانبين
وقوله ولان العفو يعني ان العفو لا يثبت الا بعد وجود النصاب فكان تابعا وكل مال اشتمل على اصل وتبع
ثم هلك منه شيء صرف الهلاك الى التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح فهلك منه شيء فانه
يصرف الى الربح دون راس المال بالاتفاق وقوله ولهذا اي ولكون الهلاك يصرف الى التبع قال
ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير الى اخره وبيان ذلك ما اذا كان له اربعون
من الابل فهلك منها عشرون ففي الباقي اربع شياه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يجب فيها عشرون
جزءا من ستة وثلاثين جزءا من بنت لبون بناء على اصله ان الواجب متعلق بالكل فاذا هلك النصف سقط نصف
الواجب ولابي يوسف الاربع عفو وبقي الواجب في ستة وثلاثين فيبقى الواجب بقدر الباقي ولابي حنيفة
ان الهالك يجعل كان لم يكن من قبل انه تابع والنصاب الاول هو الاصل الا ترى انه لو عجل الزكاة عن نصب
كثيرة وفي ملكه نصاب واحد جاز فثبت ان النصاب الاول اصل وما زاد كالتابع فاذا هلك شيء صرف الهلاك
الى ما هو التابع فتجب زكاة العشرين وذلك اربع شياه **قال** واذا اخذ الخوارج الخراج الخوارج
قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام العدل بحيث يستحلون قتل العادل وماله بتاويل القرآن ودانوا
ذلك وقالوا من اذنب صغيرة او كبيرة فقد كفر وحل قتله الا ان يتوب وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن يعص
الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها فاذا ظهر هؤلاء على بلدة فيها اهل العدل فاخذوا الخراج
وصدقة السوائم ثم ظهر عليهم الامام لا يثني عليهم اي لا يؤخذ منهم ثانيا لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية
كتب عمر رضي الله عنه الى عامله ان كنت لا تحميهم فلا تجبهم من جبى الخراج جباية اذا جمعه وافتوا بان يعيدوها يعني
الصدقة دون الخراج وهو احتياط ذكره ابو بكر الاعمش لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة اذا ظهر عدو قاتلوا
عن دار الاسلام واما الصدقات فمصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق
عليهم يسقط وهو المحكي عن الفقيه ابي جعفر وكذا الدفع الى كل جائر وقال في الجامع الصغير لقاضي خان
وكذلك السلطان اذا صادر رجلا واخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكاة عند الدفع سقطت عنه

الزكوة لا تفي بما عليهم من التبعات فقراء فالفقراء اذا ادوا اما لهم الى من اخذوها منهم لم يبق معهم شيء والتبعات
الحقوق التي عليهم كالديون والغصوب والتبعة ما اتبع به وقوله والاول احوط اي الافتاء باعادة صدقة
السوائم احوط لان في ذلك خروجا عن عهدة الزكوة بيقين قيل كان في قوله وصدقة السوائم اشارة الى ما نقل
التمرتاشي عن الشهيد ان هذا في صدقات الاموال الظاهرة اما اذا اخذ السلطان ونوى هو اداء الزكوة
فعلى قول طائفة يجوز والصحيح انه لا يجوز لانه ليس للطالب ولاية اخذ زكوة الاموال الباطنة والظاهر
من كلام المصنف العموم في الاموال الباطنة والظاهرة وقوله وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء وبنو
تغلب قوم من النصارى من العرب كانوا بقرب الروم فلما اراد عمر رضي الله عنه ان يوظف عليهم الجزية
ابوا وقالوا نحن من العرب نانف من اداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائنا من الروم وان تاخذ
منا ما ياخذ بعضكم من بعض وتضعفه علينا فغلب ذلك فشاور عمر الصحابة رضي الله عنهم في ذلك وكان الذي يسعى
بينه وبينهم كردوس التغلبي قال يا امير المؤمنين صالحهم فانك ان تناجزهم لم تطقهم فصالحهم عمر رضي الله
عنه على ذلك وقال هذه جزية سموها ما شئتم فوقع الصلح على ان يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ولم يتعرض
لهذا الصلح بعده عثمان رضي الله عنه فلزم اول الامة واخرهم واذا عرف هذا فما في الكتاب ظاهر وهو ظاهر
الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يؤخذ من نسائهم لانه بدل الجزية ولا جزية على النساء ووجه ما اشار
اليه في الكتاب انه بدل الصلح والرجال والنساء فيه سواء لانهم صالحوا على ان يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين
والصدقة تؤخذ من المسلمات دون الصبيان فكذا يضاعف عليهم **قال** وان هلك المال بعد وجوب
الزكوة سقطت الزكوة ان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت عندنا وقال الشافعي ان هلك بعد التمكن
من الاداء لم يسقط والتمكن عنده في الاموال الباطنة بالظفر باهل الاستحقاق وفي الظاهرة بالظفر بالساعي
في احد القولين لان الواجب تقرر في الذمة لتقرر سببه وحصول الوسع على الاداء ومن تقرر عليه الواجب لا يبرأ عنه
بالعجز عن الاداء كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد وهذا بناء على ان الزكوة عنده تجب في الذمة وعندنا
في العين وقوله ولانه منعه بعد الطلب دليل اخر وهو ان الزكوة حق الله تعالى وقد طلب بالخطاب
واذا تمكن من الاداء ولم يؤد كان الهلاك متعديا بعد الطلب والمنع بعد طلب صاحب الحق يوجب الضمان
فكان كالاستهلاك ولنا ان الواجب ليس في الذمة بل هو جزء من النصاب عملا بكلمة في في قوله عليه السلام
في اربعين شاة شاة وتحقيقا للتيسير فان الزكوة وجبت بقدرة ميسرة على ما عرف في الاصول ومن التيسير
ان يكون الواجب من النصاب اذ الانسان انما يخاطب باداء ما يقدر عليه وهو قادر على اداء
الزكوة عن هذا النصاب لجواز ان لا يكون له مال سواه لا سيما السكان في المفاوز فانهم لا يقدرون
على القدرة بتحصيل شيء من النقود لبعدهم عن العمران فاذا كان جزءا منه كان النصاب محله فيسقط بهلاك
محله كدفع العبد بالجناية فانه يسقط بهلاكه واذا ظهر هذا سقط الاستدلال بصدقة الفطر وغيرها
لانها تجب في الذمة وعورض بان دفع القيمة يجوز عندكم ولو كان الواجب جزءا من النصاب لما جاز لان
القيمة ليست بجزء من النصاب واجيب بان ذلك باعتبار اخر وهو الاذن بالاستبدال كما تقدم وقوله
والمستحق فقير جواب عن قوله منع بعد الطلب وفيه اشارة الى انه لو طلبه فقير بالاداء ولم يؤد حتى هلك
المال لم يجب الضمان ايضا فضلا عما اذا لم يطالبه لان المستحق للطلب فقير بعينه والمالك لا كل فقير لان
للمالك الراي في الصرف الى من شاء من الفقراء ولم يتحقق منه الطلب فلا يكون ثمة منع بعد الطلب وفي عبارته
تسامح لان الفقير مصرف عندنا لا مستحق كما عرف في الاصل الا اذا حمل كلامه على ان المراد المستحق للطلب
وفيه ضعف فان قيل فالساعي متعين للطلب فاذا لم يؤد بعد طلبه حتى هلك وجب ان يضمن ولم
يقولوا به اجاب بقوله وبعد طلب الساعي قيل يضمن وهو قول العراقيين من اصحابنا لكونه متعينا للطلب فالمنع

يكون

يكون تفويتا كما في الاستهلاك وقيل لا يضمن وهو قول مشايخ ما وراء النهر قيل وهو الصحيح لعدم التفويت فان
المنع ليس بتفويت لجواز ان يكون منعه لاختيار الاداء في محل اخر بخلاف الاستهلاك فانه قد وجد منه التعدي
على محل مشغول بحق الغير بالاتلاف فجعل المحل قائما زجرا له ونظرا لصاحب الحق اذ لو لم يجعل كذلك لما وصل
الى الفقير شيء لان كل من وجب عليه الزكوة لم يعجز ان يصرف النصاب الى حاجته بالاستهلاك وقوله وفي
هلاك البعض يسقط بقدره اي بقدر الهالك اعتبارا للبعض بالكل فان قيل قد ثبت ان الزكوة واجبة
بقدرة ميسرة باشتراط النصاب وما وجب بصفة لا يبقى بدونها وقد زال اليسر بفوات بعض النصاب
فكان الواجب ان لا يبقى عليه شيء كما في ابتداء الوجوب فانه لا يثبت بنقص النصاب اجيب بان اليسر فيها
لم يكن من حيث اشتراط النصاب بل من حيث اشتراط صفة النماء ليكون المؤدي جزءا من المال النامي
لئلا ينتقص به اصل المال وانما اشتراط اصل النصاب في الابتداء لتصير المكلف به اهلا للاغناء فانه
لا يتحقق الا من الغني والشرع قدر الغنى بالنصاب كما عرف في الاصول وانما يسقط عند هلاك الكل
لفوات النماء الذي تعلق به اليسر ولدا هلاك البعض بقي اليسر ببقاء النماء في ذلك القدر فيبقى بقسطه
قوله وان قدم الزكوة على الحول اي اداها قبل حولان الحول جاز عندنا خلافا لمالك وذكر الامام
زين الدين لمالك ان الحولان شرط كالنصاب وتقديم المشروط على الشرط لا يجوز كما لو قدم على النصاب
ولنا انه ادى بعد سبب الوجوب وهو جائز كما اذا صلى في اول الوقت وصام المسافر في رمضان
واذى الدين المؤجل وهذا لان الحول شرط وجوب الاداء ولا مانع في جوازه وصار كما اذا كفر بعد الجرح
ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لان ملك النصاب سبب وجوب الزكوة في كل حول ما لم ينتقض وجواز التعجيل
باعتبار تمام السبب وفي ذلك الحول الاول والثاني سواء ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد
خلافا لزفر فاذا كان له خمس من الابل فعجل لاربع شياه ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الابل جاز عن الكل
عندنا وعنده لا يجوز الا عن الخمس لان كل نصاب في حق الزكوة اصل بنفسه فكان التعجيل على النصاب الثاني
كالتعجيل على الاول وفي ذلك تقديم الحكم على السبب وهو لا يجوز ولنا ان النصاب الاول هو الاصل
في السببية والزائد عليه تابع له الا ترى الى من كان له نصاب في اول الحول ثم فضل له نصب في اخر
الحول ثم تم الحول على النصاب الاول ولم يتم على الباقية جعل كانه تم الحول على النصب كلها وجاز اداء
الزكوة عن الجميع بالاتفاق فكذلك يجعل النصب الاخر كالموجود في اول الحول في حق التعجيل والله

باب زكاة المال

لما قدم ذكر زكوة السوائم لما قلنا اعقبه ذكر غيرها من اموال الزكوة قال محمد رحمه الله المال
كل ما يتملكه الناس من دراهم او دنانير او حنطة او شعير او حيوان او ثياب او غير ذلك والمصنف
ذكر المال واراد غير السوائم على خلاف عرف اهل البادية فان اسم المال عندهم يقع على النعم وعلى
عرف اهل الحضر فانه عندهم يقع على غير النعم

فصل في الفضة

قدم فصل الفضة على غيرها لكونها اكثر تداولا في الايدي والاوقية بالتشديد افعولة من الوقاية لانها
تقي صاحبها من الضرر وقيل هي فعلية من الاوق وهو الثقل والجمع الاواقي بالتشديد افاعيل كالاماني
وبالتخفيف افاعل وكلامه ظاهر وقوله فيكون فيها دراهم يعني مع الخمسة وهكذا في كل اربعين درهما
درهم مع ما سبق عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقالا ما زاد على المائتين
فزكوته بحسابه قلت الزيادة او كثرت حتى اذا كانت الزيادة درهما ففيه جزء من اربعين جزءا من
درهم وهو قول علي وابن عمر رضي الله عنهما وبه اخذ الشافعي رحمه الله لقول علي رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال

والكل مال فان قيل فعلام شرط النصاب في الابتداء اجاب بقوله ليتحقق الغنا بصيرا لمكلف اهلا للاغنا
كما ذكرنا من قبل فان قيل لو كان اشتراطه لذلك لما شرط في السوائم في الانتها كما شرط في الابتداء اجاب
بقوله تحرزا عن التشقيص وهو غير موجود في محل النزاع ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم
لمعاذ رضي الله عنه حين وجهه الى اليمن لا تاخذ من الكسور شيئا قيل معناه لا تاخذ من الشيء الذي يكون
الماخوذ منه كسورا فسماه كسورا باعتبار ما وجب فيه فان قيل يجوز ان يكون المراد ما قبل المائتين بدليل
انه قال عقيب هذا في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم فالجواب
ان ما قبل المائتين وما بعده لانه قال عقيب قوله في حديث معاذ فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منها
خمسة دراهم ولا تاخذ مما زاد حتى يبلغ اربعين درهما فتاخذ منها درهما هكذا اورده ابو بكر الرازي
في شرحه لمختصر الطحاوي مسندا الى معاذ بن جبل رضي الله عنه فجعل قوله اذا بلغ الورق الى اخر الحديث
بيانا وتفسيرا لقوله لا تاخذ من الكسور شيئا لئلا يلزم التكرار وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو
ابن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة وذلك انما يكون بعد المائتين لان قبله ليس فيه ولا فيما دونه
صدقة وهكذا الحكم فلا يعارضه حديث علي رضي الله عنه لاحتمال ان يراد بالزيادة على المائتين اربعون
واحتمال ما ذكرناه ولان الحرج مدفوع وهو واضح في ايجاب الكسور لكن الحرج لتعسر الوقوف
لانه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم تجب عليه عندهما خمسة دراهم وسبعة اجزاء من اربعين جزءا
من درهم فتعسر معرفة سبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم ثم لا يقدر على الاداء في السنة الاولى
فاذا جاءت السنة الثانية وجب عليه زكوة ما بقي من المال بعد الزكوة لان قدر دينها مستحق وان لم يرد ذلك
ما بينا درهم ودرهم وثلثه وثلثون جزءا من اربعين جزءا من درهم واحد وزكوة درهم وثلثه وثلثين
جزءا من اربعين جزءا من درهم يتعسر الوقوف عليها البتة قوله والمعتبر في الدراهم وزن
ان الدراهم في الابتداء كانت على ثلثة اصناف صنف منها كل عشرة منه عشرة مثاقيل كل درهم مثقال وصنف
منها كل عشرة منه خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال وكان الناس يتصرفون بها ويتعاملون فيما بينهم
فلما تولى عمر رضي الله عنه اراد ان يستوفي الخراج بالاكثر فالتمسوا منه التخفيف فجمع حساب زمانه ليتوسطوا ويوفقوا
بين الدراهم كلها وبين ما رامه عمر رضي الله عنه وبين ما رامه الرعية فاستخرجوا له وزن السبعة
وهو معنى قوله بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه فتعلق الاحكام به كالزكوة
والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح وانما جعلوا ذلك لاحد وجوه ثلثة احدها انك
اذا جمعت من كل صنف عشرة دراهم صار الكل واحدا وعشرين مثقالا فاذا اخذت ثلث ذلك صار سبعة
مثاقيل والثاني انك اذا اخذت ثلث عشرة من كل صنف وجمعت بين الاثلاث الثلاثة المختلفة صار
سبعة مثاقيل والثالث انك اذا القيت الفاضل على السبعة من العشرة اعني الثلثة والفاضل ايضا
على السبعة من مجموع الستة والخمسة اعني الاربعة ثم جمعت مجموع الفاضلين اي فاضل السبعة من العشرة
وفاضل المجموع من الستة والخمسة وهو ما القيته كانت سبعة مثاقيل فلما كانت سبعة مثاقيل اعدل
الاوزان فيها ودارت في جميعها بطريق مستقيم اختاروها وقوله تبر في حكم الفضة اخ وقوله كما في
سائر العروض يعني انها اذا لم تكن للتجارة ينظر الى ما خلص منه من الفضة فان بلغ مائتي درهم تجب الزكوة لانه
لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة وان كان لا يخلص ذلك فهي كالمفروشة من الصفر كالقمقم لا شيء فيها
الا اذا كانت للتجارة وقد بلغت قيمتها مائتي درهم فتجب خمسة دراهم

ست مثاقيل كل درهم ثلثة اخماس مثقال وصنف منها كل عشرة منه صح

فصل في الذهب

قد مر وجه تاخيره عن فصل الفضة وقوله لما روينا اشارة الى قوله في اول فصل
الفضة كتب الى معاذ ان خذ الى ان قال ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال والمثقال ما يكون كل سبعة

منها وزن عشرة دراهم وضمير منها راجع الى ما لانه في معنى الجمع قيل تعريف المثقال بقوله ما يكون كل سبعة منها
وزن عشرة دراهم غير صحيح لانه عرف الدرهم في فصل الفضة بقوله وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة
منها مثاقيل فيتوقف معرفة كل واحد على الاخر وهو دور والجواب انه ما عرف الدرهم بالمثقال في فصل
الفضة وانما قال المعتبر من اصنافها ما يكون وزن سبعة مثاقيل وكان ذلك معروفا فيما بينهم ثم قال ههنا
والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف اي المراد بالمثقال ههنا هو المعروف
فيما بين الناس الذي به وزن الدراهم ولا دور في ذلك وقوله ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان يعني
اذا زاد على العشرين وبلغ الزيادة الى اربعة مثاقيل ففيها قيراطان مع نصف مثقال لان الواجب
ربع العشر وربع العشر حاصل فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا فيكون اربعة مثاقيل ثمانين قيراطا
وربع عشرها قيراطان وهذا اصطلاح اهل الحجاز والقيراط خمس شعيرات فالمثقال وهو الدينار عندهم
مائة شعيرة واصل القيراط قراط بالتشديد لان جمعه القراريط فابدل من احد حرفي التضعيف ياء
وقوله وهي مسئلة الكسور يعني التي بيناها في فصل الفضة وقد بينا الاختلاف والحجج من الجانبين فيه ولا مخالفة
بينهما الا ان اربع مثاقيل ههنا قامت مقام اربعين درهما هناك وقوله وفي تبر الذهب والفضة اي تبرهما
كان غير مضروب منهما والحلي على فعول جمع حلي في جمع ثدي وهو ما تحلى به المرأة منهما وقوله وقال
الشافعي لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال يعني الحلي الذي يباح استعماله لانه مبتذل في مباح وكل
ما كان كذلك لا زكاة فيه كثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد
للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر فاذا كان موجودا لا يعتبر بما ليس باصل وهو الاعداد للابتذال
الثياب فانه ليس فيها دليل النماء والابتذال فيها اصل لان فيه صرفا لها الى الحاجة الاصلية المتعلقة بها
بالحر وهي دفع الحر والبرد

فصل في العروض

اخر فصل العروض لانها
تقوم بالنقدين فكان حكمها بناء عليهما والعروض جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا اي متاعها سوى النقدين
وقوله كائنة ما كانت اي اي من اي جنس كانت سواء كانت من جنس ما يجب فيه الزكوة كالسوائم او لم يكن كالثياب
والحمير والبغال وقوله ويشترط نية التجارة اي حالة الشراء اما اذا كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران
عمل التجارة بنيته لان مجرد النية لا يعمل كما مر وقوله يقومها بما هو انفع للمساكين احد الاقوال في التقويم
فان فيه اربعة اقوال احدها هذا وهو ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله في الامالي ووجهه ما ذكره بقوله
احتياطا لحق الفقراء فانه لا بد من مراعاته الا ترى انه اذا كان تقويمه باحد النقدين يتم النصاب
وبالاخر لا يتم يقوم بما يتم بالاتفاق احتياطا لحق الفقراء فكذا الكل هذا كذا في النهاية وهو مخالف
لتفسير المصنف للانفع في الكتاب والثاني ما ذكر في المبسوط وهو ان يقوم صاحب المال باي النقدين
شاء ووجهه ان التقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان في ذلك سواء والثالث قول ابي يوسف على ما
ذكره في الكتاب وقوله لانه ابلغ في معرفة المالية لانه ظهر قيمته مرة بهذا النقد الذي وقع به شراؤه
والظاهر انه اشتراها بقيمتها لان الغبن نادر والرابع قول محمد وهو ان يقومها بالنقد الغالب على
كل حال يعني سواء اشتراها باحد النقدين او بغيره لان التقويم في حق الله تعالى معتبر بالتقويم في حق العباد
ومتى وقعت الحاجة الى تقويم المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب في البلد فكذا هذا وقوله واذا كان
النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة قيد بالنقصان احترازا عن الهلاك
فان هلاك كل النصاب يقطع الحول بالاتفاق وذكر النصاب مطلقا ليتناول كل ما يجب فيه الزكوة كالنقدين
والعروض والسوائم وقال زفر لا يلزمه الزكوة الا ان يكون النصاب من اول الحول الى اخره كاملا لان حولان
الحول على المال شرط للوجوب فكل جزء من الحول بمعنى اوله واخره ولنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وفيه

أشار إلى الجواب عن قول زفر لأن اشتراط النصاب في الابتداء للانعقاد وفي الانتهاء للوجوب وما بينهما بمعزل عنهما جميعا فلا يكون كل جزء من الحول بمعنى أوله وآخره والمراد بالنقصان النقصان في الذات فإن النقصان في الوصف يجعل السائمة علوفة يسقطها بالاتفاق لأن فوات الوصف وارد على كل النصاب فكان كهلاك النصاب كله لفوات الحلية بفوات الوصف وقوله ويضم قيمة العروض قال في النهاية حاصل مسائل الضم أن عروض التجارة يضم بعضها إلى بعض بالإجماع وقوله لأن الوجوب في الكل باعتبار القيمة وإن اختلفت أجناسها وكذلك يضم إلى النقدين بلا خلاف والسوائم المختلفة الجنس كالإبل والغنم لا يضم بعضها إلى بعض بالإجماع وقوله لأن الوجوب في الكل باعتبار التجارة يعني أن سبب وجوب الزكاة ملك النصاب النامي والنماء إما بالإسامة أو بالتجارة وليس في السوائم الأولى فتعين الثانية وقوله وإن افترقت جهة الإعداد يعني أن الافتراق في الجهة بكون الإعداد من جهة العباد لا عدادها وفي النقدين من جهة الله تعالى بخلقه الذهب والفضة للتجارة لا يكون مانعا عن الضم بعد حصول ما هو الأصل وهو النماء ويضم الذهب إلى الفضة عندنا للمجانسة من حيث الثمنية فإذا كان ما هو أبعد في المجانسة علة للضم وهو العرض فلأن يكون في الأقرب أولى وقوله ومن هذا الوجه صار سببا أي من الثمنية صار كل واحد من الذهب والفضة سببا لوجوب الزكاة فكان هذا الوجه مشتركا بينهما فوجب الضم ثم اختلف علماؤنا في ذلك فعند أبي حنيفة رضي الله عنه يضم بالقيمة وعندهما بالأجزاء وهو رواية عنه وفائدته تظهر فيمن كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب وتبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافا لهما وأما إذا كان عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم أو من أحدهما ثلث ومن الآخر ثلثان أو ربع وثلاثة أرباع فإنه يضم بلا خلاف عندهم ودليله على ما ذكر في الكتاب واضح وهو قوله إنما أوجبنا الضم بالمجانسة وهي إنما تتحقق بالقيمة دون الصورة واعتبار الأجزاء اعتبار للصورة ومسألة المصوغ ليست مما نحن فيه إذ ليس فيها ضم شيء آخر حتى يعتبر القيمة فإن القيمة في النقود إنما تظهر شرعا عند مقابلة أحدهما بالآخر وههنا ليس كذلك والله تعالى أعلم

باب فيمن يمر على العاشر

ألحق هذا الباب بكتاب الزكاة اتباعا للمبسوط وشروح الجامع لمناسبته وهي أن العشر المأخوذ من التاجر المسلم المار على العاشر هو الزكاة بعينها إلا أن هذا العاشر كما يأخذ من المسلم يأخذ من الذمي والمستأمن وليس المأخوذ منهما بزكاة فقدم الزكاة على الباب لما تجرد لكونها عبادة محضة لا شائبة فيها للغير والعاشر مشتق من عشرت القوم إذا أخذت عشر أموالهم فتسميته التي باعتبار بعض أحواله وهو أخذ العشر من الحربي لا من المسلم والذمي على ما سيجيء قوله إذا مر على العاشر بمال أي من الأموال الباطنة وإنما قيدنا بذلك لأن الأموال الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر فيها إلى خبره وصاحب المال عليه في ثبوت ولاية الأخذ له فإنه يأخذ عشر الأموال الظاهرة منه وإن لم يمر صاحب المال عليه وأما في الأموال الباطنة فلأن الأداء المال لكونها غير محتاجة إلى الحماية لبطونها فإذا أخرجها إلى الفيافي احتاجت إليها فصارت كالسوائم فإذا مر التاجر على العاشر بما ذكرنا وقال أصبته منذ أشهر يعني لم يحل عليه الحول ولم يكن في بيته مال آخر حلف هذا المال الذي حال عليه الحول فإنه لو كان لم يصدق ولأن الحول ليس بشرط في المستفاد من الجنس أو قال علي دين يعني دينا مستغرقا فإنه مطالب من جهة العباد وحلف على ذلك صدق ودفع العاشر بقوله على من نفسه لأداء على الطريق لأخذ الصدقة فإن من التجار ولو أهنى بأن يأخذ من الكافر وليس المأخوذ صدقة وأجيب بأن الأمر في نفسه أخذ الصدقة لأن فيه إعانة المسلم على أداء العبادة وما عداها تابع لا يحتاج إلى تخصيصه بالذكر وقوله فمن أنكر تمام الحول يعني بقوله أصبته منذ أشهر والفراغ من الدين بقوله علي دين كان هذا المؤنث وانقول قوله مع يمينه وفيه بحث من وجهين أحدهما أن قوله منذ أشهر لا يدل على ما دون الحول فكيف عبر عنه بقوله

من أنكر تمام الحول والثاني أن الزكاة عبادة خالصة فكانت بمنزلة الصوم والصلاة ولا يشترط التحليف فيهما التحليف وأجيب عن الأول بأن الأشهر تقع على العشرة فما دونها لكونه جمع قلة والأصل في الكلام الحقيقة وعن الثاني بأنها وإن كانت عبادة لكن تعلق بها حق العاشر في الأخذ وحق الفقراء في الانتفاع به فالعاشر بعد ذلك يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه فيستحلف لرجاء النكول كما في سائر الدعاوي بخلاف الصوم والصلاة فإنه لم يتعلق بها حق العبد ولا يلزم حد القذف فإنه لا يستحلف فيه إذا أنكر وإن تعلق به حق العبد لأن القضاء بالنكول في الحد متعذر على ما عرف وقوله وكذا إذا قال أديت إلى عاشر آخر ظاهر **وقوله** ثم قيل الزكاة هو الأول بناء على ما ذكر لأصحابنا من الطريقين في هذه المسألة أحدهما أنه إذا كان صادقا فيما قال يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى والثاني أنه لا يبرأ فمن اختار الطريق الأول قال الزكاة هو الأول كما لو خفي على الساعي مكان ماله فأدى صاحب المال زكوته وقع زكوة والثاني سياسة ماله زجر الغير عن الإقدام على مثله ومن قال اختار الثاني قال الزكاة هو الثاني والأول ينقلب نفلا كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى إلى الجمعة فأداها وهو الذي اختاره المصنف وقال هو الصحيح احترازا عن القول الأول ووجه الصحة أنه لما ثبت ولاية الأخذ للسلطان شرعا في الأموال الظاهرة كان أداء المالك فرضا لغوا كما أدى الجزية إلى المقاتلة بنفسه وقوله لم يشترط إخراج البراءة أي العلامة وفي الحظ الإبراء من بري من الدين والعيب براءة والجمع براءات والبروات عامي كذا في المغرب وقوله فيجب إبرازها أي إظهار العلامة كما ادعى على أرجحيته أو قطعا فإنه يجب عليه إبراز علامتها وجه الأول وهو رواية الجامع أن الخط يشبه الخط فلا يمكن جعله حجة فلم يعتبر علامة قال في المبسوط والجامع الصغير للإمام التمرتاشي وهو الصحيح ثم على قول من يقول باشتراط العلامة هل يشترط معها اليمين قال الإمام التمرتاشي إن لم يحلف لم يصدق عند أبي حنيفة وصدق عندهما وفي كلام المصنف نظر وهو أنه قال ثم فيما يصدق في السوائم وأموال التجارة ولا شك أن في السوائم يصدق في ثلاثة فصول وفي أموال التجارة في أربعة كما تقدم فينبغي أن يشترط إخراج البراءة في الجميع ولا يتصور ذلك فيما إذا قال علي دين أو أصبته منذ شهر أو أديتها إلى الفقراء في المصر وإنما يتصور ذلك في صورة واحدة وهو أن يقول أديته إلى عاشر آخر في تلك السنة عاشر آخر وأجيب بأنه ذكر العام وأراد الخاص أي الصورة المذكورة مجازا وقوله وتلك الشرائط تحقيقا للتضعيف يعني أن تضعيف الشيء إنما يتحقق إذا كان المضعف على أوصاف المضعف عليه وإلا لكان تبديلا لا تضعيفا **وقوله** ولا يصدق الحربي يعني في الفصول كلها إلا في الجواري يقول هن أمهات أولادي أو غلمان معه يقول هم أولادي لأن الأخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج إلى الحماية وإنما لم يصدق في غيره من الفصول لعدم الفائدة في تصديقه لأنه لو قال لم يتم الحول على مالي ففي الأخذ منه لا يعتبر الحول لأن الاعتبار لتمام الحماية ليحصل النماء والحماية للحربي تتم بنفس الأمان إذ لو لم يكن الأمان صار مستباحا مع أمواله ولو قال علي دين فالدين الذي وجب عليه في دار الحرب لا يطالب به في دارنا وإن قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا أمان وإن قال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لأنه لا يتكلف للنقل إلى غير داره ما لم يكن لها وإن قال أديتها إلى عاشر آخر لم يلتفت إليه لأن المأخوذ منه أجرة الحماية وقد وجدت بنفس الأمان كما مر آنفا وإن قال أديتها أما كذبه أو اعتقاده غير أن إقراره بنسب من في يده منه صحيح لأن كونه حربيا لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الإسلام يثبت في دار الحرب وبه تخرج من أن يكون مالا والأخذ لا يكون إلا من المال المملوك

قال ويؤخذ من المسلم ربع العشر روى الشيخ أبو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر

ومن الحربي العشر وكان هذا بحضر الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف فكان اجماعا والمعنى الفقهي فيه ما قيل انما
يؤخذ من المسلم ربع العشر لقوله صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشور اموالكم من كل اربعين درهما درهما وانما
تثبت ولاية الاخذ للعاشر لحاجته الى الحماية وحاجة الذمي الى الحماية اكثر لان طمع اللصوص في اموال اهل
الذمة اوفر فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم كما في صدقات بني تغلب ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي من
المسلم الا ترى ان شهادة اهل الحرب على اهل الذمة غير مقبولة كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم وشهادة
اهل الذمة على اهل الحرب وهم مقبولة كشهادة المسلم على الذمي ثم الذمي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من
المسلم فكذلك الحربي يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من الذمي تضعيفا لا يقال لو ان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه
شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة اليه اشار عمر رضي الله عنه لما بلغ
حين نصب العشار فقيل له فكم نأخذ مما مر حربي فقال كم يأخذون منا فقالوا العشر فقال خذوا منهم العشر
ولسنا نعني بقولنا بطريق المجازاة انا نأخذ بمقابلة ما اخذوا من اموالنا فان اخذهم اموالنا ظلم واخذنا اموالهم
حق ولكن المقصود انا اذا عاملناهم بمثل ما يعاملوننا كان ذلك اقرب الى مقصود الامان واتصال التجارات
لا يقال في كلام المصنف تناقض لانه قال قبل هذا ان الاخذ منه بطريق الحماية وقال هاهنا ان الاخذ منهم بطريق
المجازاة واذا كان الاخذ معلولا لاحدهما لا يكون معلولا لغيره لئلا يتوارد علتان على معلول واحد بالشخص لانا
نقول الاخذ منهم معلول للحماية واما المقدار المعين وهو العشر فمعلول للمجازاة ولا تنافي في ذلك وقوله
بخلاف المسلم الى آخره واضح وقوله فان اعياكم فالعشر يقال عييت بامري اذا لم تهتد لوجهه واعياني هو وقيل
هو مأخوذ من العي وهو الجهل فان اعياكم اي جهلكم يعني اذا اشتبه الحال بان لم يعلم العاشر ما يأخذون من
تجارنا يؤخذ منه العشر وقوله لا نتعذر اي لو وقع بعد الحماية والغدر حرام قال صلى الله وفاء لا غدر
وهذا قول بعض المشايخ وقال بعضهم يؤخذ منه جميع ما في يده الا قدر ما يبلغه مأمنه لانا مأمورون
بتبليغه الى مأمنه لقوله تعالى ثم ابلغه مأمنه وقال بعضهم يؤخذ منه الكل لان الاخذ بطريق المجازاة
فيجازيهم بمثل صنيعهم لينزجروا **وقوله** وان مر حربي على عاشر الى آخره حاصله ان العشر انما يتكرر فيما مر
به بكمال الحول او بتجدد العهد بالرجوع الى دار الحرب ثم بالمرور على العاشر وان كان في يومه ذلك فاذا
لم يوجد شيء منهما لم يعشر ثانيا لما روي ان نصرانيا مر بفرس له على عاشر عمر رضي الله عنه فعشره ثم مر به ثانيا
فهم ان يعشره فقال النصراني كلما مررت بك تعشرني اذا يذهب فرسي كله فترك الفرس عنده وذهب الى عمر
رضي الله عنه فلما دخل المدينة اتى المسجد فوضع يديه على عتبتي الباب فقال يا امير المؤمنين انا الشيخ النصراني
فقال امير المؤمنين انا الشيخ الحنيفي فقص النصراني القصة فقال عمر رضي الله عنه اتاك الغوث فكتب الى عامله الغوث
ورجع الى ما كان فيه فظن النصراني انه استخف بظلامته فرجع الى الباب فلما انتهى الى فرسه وجد كتاب عمر رضي
الله عنه قد سبقه انك اذا اخذت العشر مرة فلا تأخذ اخرى فقال النصراني ان دينا يكون العدل فيه بهذه
الصفة لحقيق ان يكون حقا فاسلم فان قيل كلام المصنف متناقض لانه قال يحول ثم قال لا يمكن من المقام
الا حولا لان المراد به الا قريبا من الحول لانه لا يمكن الاقامة حولا كاملا اجيب بان مراده بقوله حتى يحول
الحول اذا لم يعلم الامام بحاله حتى يحول الحول فانه يأخذ ثانيا **قال** ومن مر على عاشر بخمر او خنزير
عشر الخمر دون الخنزير يعني اذا مر الذمي على العاشر بخمر او خنزير بنية التجارة وبلغ القيمة مائتي درهم
ففيه اربعة اقوال كما ذكر في الكتاب وانما فسر بقوله اي من قيمتها احترازا عن قول مسروق رحمه الله
فانه يقول يعشر عينها ونفيا لظاهر ما يفهم فان السامع يفهم منه ان يعشر عين الخمر والمسلم منهي عن اقترابها
ثم الشافعي رحمه الله مر على اصله بانه لا مالية ولا قيمة لواحد منهما حتى لو اتلف المسلم خمر الذمي او
خنزيره لم يضمن عنده وزفر رحمه الله سوى بينهما لاستوائهما في المالية عندهم فان المسلم اذا اتلف

ضمنه كما لو اتلف خمره وابو يوسف رحمه الله اعتبر الشفعة فجعل الخنزير تابعا للخمر لان الخمر اقرب الى المالية
بواسطة التخليل وقد يثبت الحكم تبعا وان لم يثبت مقصودا ووجه الفرق على ظاهر الرواية ما
ذكره في الكتاب من الوجهين وهو ظاهر وقد اعترض على كل واحد منهما اما على الاول فبانه منقوض
بما ذكر في الشفعة من هذا الكتاب فقال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي الى ان
قال وان كان شفيعها مسلما اخذ بقيمة الخمر والخنزير فلو كان لقيمة الخنزير حكمه لما اخذ بقيمته كما لا يأخذها
بعينه وبمسئلة الغصب والاتلاف فان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي يضمن قيمته فلو كان لها حكم العين
لما ضمنها كما لا يضمن عينه واما الثاني فبان المسلم او الذمي اذا غصب خنزير ذمي وتخاصما الى القاضي يأمر
القاضي بالرد وبالتسليم وذلك حماية له واجيب عن الاول بان قيمة ذوات القيم بمنزلة عينها من
وجه دون وجه لانها ليست بمنزلة عينها من حيث الحقيقة وبمنزلتها من حيث ان الاداء لا يمكن الا بالتعيين
ولا تعيين الا بالتقويم فاخذت القيمة حكم العين من هذا الوجه ولهذا اذا تزوج الذمي امرأة
على خنزير بعينه ثم اتاها بالقيمة اجبرت على قبولها كما لو اتاها بعينه فلما دارت القيمة بين ان تكون بمنزلة
العين وبين ان لا تكون اعطيت حكم العين في حق الاخذ والحماية وهو في باب الزكوة ولم تعط في حق
لانه موضع اذلال وتبعيد وهو في باب الشفعة والاتلاف ونوقض بذمي اخذ قيمة خنزير له استهلكه
ذمي وقضى بها دينا لمسلم عليه فانه جائز ولو كان اخذ القيمة كاخذ العين لما جاز القضاء واجيب بانه لما قضى
بها دينا عليه وقعت المعاوضة بينه وبين صاحب الدين وعند ذلك يختلف السبب واختلاف الاسباب
تنزل منزلة اختلاف الاعيان على ما عرف وعن الثاني بان المراد ان من ليس له ولاية حماية خنزير نفسه ليس
له ولاية حماية خنزير غيره كعرض نتوفيه والعاشر لو حماه حماه لذلك بخلاف القاضي وقوله ولو مر
صبي او امرأة ظ **وقوله** ومن مر على العاشر بمائة يعني سواء كان فضة او ذهبا وقوله لانه
غير مأذون باداء زكوته يعني هو مأذون بالتجارة فقط فلو اخذ اخذ غير الزكوة وليس له اخذ
شيء سوى الزكوة وقوله ولا نيابة عنه اي انما هو نائب في التجارة لا غير والنائب تقتصر ولايته على ما فوض
اليه فكان بمنزلة المستبضع وقوله ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم ظ والصحيح ان الرجوع في
المضارب رجوع في العبد المأذون كذا قال الامام فخر الاسلام وصاحب الايضاح وقوله الا اذا كان
على العبد دين يحيط بماله فانه لا يؤخذ منه شيء سواء كان معه مولاه او لم يكن لانعدام الملك يعني
عند ابي حنيفة او للشغل عندهما فان الشغل بالدين مانع عن وجوب الزكوة وقوله ومن مر على عاشر الخوارج
واضح

باب المعادن والركاز

اخر باب المعدن
عن العاشر لان العشر اكثر وجودا والمال المستخرج من الارض له اسام الكنز والمعدن والركاز والكنز
اسم لما دفنه بنو آدم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت الارض والركاز اسم لهما جميعا
والكنز مأخوذ من كنز المال كنزا جمعه والمعدن من عدن بالمكان اقام به والركاز من ركز الرمح اي غرزه
وعلى هذا جاز اطلاقه عليهما جميعا لان كل واحد منهما مركوز في الارض اي مثبت وان اختلف الراكز
وعلى كل واحد منهما بانفراده والمراد بالمذكور في لقب الباب الكنز لمعنيين احدهما ان هذا الباب يشتمل
على بيان المعادن والكنوز على ما يجيء والثاني انه لو اريد به المعادن لزم التكرار لانه يكون تقدير كلامه
باب في المعادن والمعادن وان اريد المعادن والكنز كان تقديره باب في المعادن والمعادن والكنز
قال معدن ذهب او فضة . المستخرج من المعادن انواع ثلثة جامد يذوب وينطبع
كالذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر وجامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ
ومائع لا يجمد كالماء والقير والنفط ومسائل هذا الباب على خمسة عشر وجها لان الذهب او الفضة الذي

يوجد إما أن يكون معدنا أو كنزا وكل ذلك لا يخلو إما أن يوجد في حيز دار الإسلام أو حيز دار الحرب
وكل لا يخلو عن ثلاثة أوجه إما أن يوجد في صحراء لا مالك لها أو في أرض مملوكة أو دار والموجود
كنزا لا يخلو عن ثلاثة أوجه أيضا إما أن يكون على ضرب أهل الإسلام أو ضرب أهل الجاهلية أو اشتبه
الحال ففي الأول وهو ما يذوب وينطبع إذا وجد في أرض عشر أو خراج الخمس عندنا وقال الشافعي رحمه
الله لا شيء عليه لأنه مباح سبقت يده إليه وكل ما هو كذلك لا شيء عليه كالصيد إلا أنه إذا كان المستخرج
ذهبا أو فضة فيجب فيه الزكاة وهو ربع العشر ولا يشترط فيه الحول في قول لما ذكر أنه نماء كله والحول
للتنمية والنصاب عنده معتبر فلو كان دون المائتين من الفضة لا يجب شيء وإنما قال في جانب الشافعي
ولا يشترط فيه الحول ولم يقل في جانبنا لأن الشافعي قائل بالزكاة فكان عليه أن يقول باشتراط الحول فنفاه
بما ذكر من الدليل ونحن نقول بالخمس والحول لا يشترط له ولنا قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس فإنه حين
سئل عليه السلام عما يوجد في الخرب العادي وعطف على المسؤول عنه فقال فيه وفي الركاز الخمس عطفه على المال
وذلك يدل على أن المراد بالركاز المعدن فإنه من الركز وهو ينطلق على المعدن أيضا كما تقدم ولأنها أي
الأرض كانت في أيدي الكفرة وحوتها أيدينا وهو ظاهر وكل ما كان كذلك كان غنيمة وهو أيضا وفي
الغنيمة الخمس بالنص وقوله بخلاف الصيد جواب عن قوله كالصيد فإن قيل لو كانت غنيمة لكان الخمس لليتامى
والمساكين وأربعة الأخماس وليس كذلك أجاب بقوله إلا أن للغانمين يدا حكمية وتحقيقه أن الغانمين
إنما يستحقون أربعة الأخماس إذا حوت أيديهم حقيقة وحكما وههنا يدهم حكمية لأنه لما ثبتت أيديهم على
ظاهر الأرض حقيقة ثبتت على باطنها حكما وأما الحقيقية فللواجد فكان ما في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة فاعتبر
الحكمية في حق الخمس والحقيقية في أربعة الأخماس حتى كان للواجد مسلما كان أو ذميا حرا أو عبدا صبيا أو بالغا
رجلا أو امرأة لأن استحقاق هذا المال كاستحقاق الغنيمة وجميع من ذكرنا حق في الغنيمة وجميع من ذكرنا ما
إما سهما أو رضخا فإن الصبي والمرأة والعبد والذمي يرضخ لهم إذا قاتلوا على ما يجيء بخلاف الحربي فإنه لا حظ له
في الغنيمة وإن قاتل بإذن الإمام فإذا وجد شيئا من الركاز يؤخذ منه الكل فإن قيل روي أن عبدا وجد جرة من
ذهب على عهد عمر رضي الله عنه فأدى ثمنه وأعتقه وجعل ما بقي لبيت المال أجيب بأنه وجد في دار رجل أو
خطة مات ولم يترك وارثا فصرفه إلى بيت المال ورأى المصلحة في أن يعطي ثمنه من بيت المال ليوصله إلى
العتق قال في التحفة يجوز للواجد أن يصرف الخمس إلى نفسه إذا كان محتاجا لا يغنيه أربعة الأخماس وهو حق
وذكر صاحب النهاية ما يشير إلى خلاف ذلك **قال** ولو وجد في داره ● إذا كان وجد الإنسان
في داره معدنا فليس فيه شيء عند أبي حنيفة وقالا فيه الخمس لإطلاق قوله وفي الركاز الخمس من غير فصل بين الأرض
والدار ودليل أبي حنيفة ظاهر واعترض بأنه لو كان من أجزائها لجاز التيمم به ولم يجز بالإجماع وأجيب بأن
التيمم يجوز بما هو من جنسها لا بمن أجزائها خلقة وليس من جنسها والجواب عن الحديث أن الإمام لما خصه
بهذه الدار فكأنه قطعها له وللإمام هذه الولاية وإن وجد في أرضه فعن أبي حنيفة روايتان في رواية
الأصل لا شيء فيه كما في الدار وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس والفرق ما ذكره في الكتاب قوله وإن
وجد ركازا أي كنزا إنما فسره بهذا لأن الركاز اسم مشترك ينطلق على المعدن والكنز وقد فرغ من بيان المعدن
فأراد به الكنز وليصح قوله وجب الخمس عندهم فإن وجوب الخمس بالاتفاق إنما هو في الكنز لا في المعدن لأن
أبا حنيفة لا يقول بوجوبه في الدار كما ذكرنا وقوله لما روينا إشارة إلى قوله وفي الركاز الخمس فإن
قيل قد استدل به على وجوب الخمس في المعدن فاستدلاله به هنا استعمال اللفظ المشترك في معنييه وهو
غير جائز أجاب بقوله واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز وهو الإثبات ومعناه أنه ليس من باب استعمال
اللفظ المشترك في مدلوليه وإنما هو من باب العموم المعنوي ولا امتناع في ذلك ولهذا أسقط ما قاله

من حفظ

من حفظه أن يقول بسياق ما رويناه وهو قوله عليه السلام فيه وفي الركاز الخمس والمراد من قوله فيه الكنز
بسبب دلالة الركاز على الإثبات لا غير وهو اسم مشترك قد يدل على المعدن فكان محتملا فالنص يعين
إرادة الكنز لسياق الحديث وهو فيما تمسك به في المبسوط فقد تمسك بدليل غير محتمل فكان مفسرا فالتمسك به
أولى وذلك لأنه استدلال بالعام على ما قررنا لا بالمشترك والعام والخاص عندنا في إيجاب الحكم سواء
ثم إن كان على ضرب أهل الإسلام كالمكتوب عليها كلمة التوحيد فهو بمنزلة اللقطة يعرفها حيث وجدها
مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما يجيء وإن كان على ضرب أهل
الجاهلية كالمنقوش عليها الصنم ففيه الخمس على كل حال أي سواء كان الموجود ذهبا أو فضة أو رصاصا
أو غيرها وسواء كان الواجد صغيرا أو بالغا حرا أو عبدا مسلما أو ذميا إلا إذا كان حربيا مستأمنا
كما ذكرنا وقوله لما بينا يعني من النص والمعقول ثم إن وجد في أرض مباحة يعني الذي هو على ضرب
أهل الجاهلية فإن الذي يكون على ضرب أهل الإسلام ملحق باللقطة فلا يأتي فيه هذا التفريع وهو أن
يكون أربعة أخماسه للواجد وقوله لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين إشارة إلى ما ذكرنا أن للغانمين
يدا حكمية وللواجد يدا حقيقية فيكون فيه الخمس والباقي للواجد وإن وجد أي هذا الكنز المذكور في أرض
مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف رحمه الله أن الخمس للفقراء وأربعة أخماسه للواجد كما لو كان في غير
مالك لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه لأن المختط له ما حاز ما في الباطن وعند أبي حنيفة ومحمد هو
للمختط له وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح لسبق يده إليه فإن قيل يد المختط له وإن كانت سابقة
ولكنها يد حكمية وبها لا يملك كما في يد الغانمين أجاب بقوله وهي يد الخصوص يعني أن اليد الحكمية إنما لا يثبت
بها الملك إذا كانت يد عموم كما في الغانمين أما إذا كانت يد خصوص فيملك بها ما في الباطن وإن كانت
على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة ومما يؤيد هذا أن تصرف الغازي بعد القسمة
نافذ وقبلها لا وما ثمة إلا عموم اليد وخصوصها فإن قيل سلمنا أن المختط له قد ملك لكن باع الأرض فخرج
الكنز عن ملكه كما لو كان فيها معدن أجاب بأنه أي الكنز لم يخرج عن ملكه ببيع الأرض لأنه مودع فيها كما
إذا باع السمكة لم يخرج ببيعها الدرة عن ملكه بخلاف المعدن فإنه من أجزائها فينتقل إلى المشتري وإن
لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالك يعرف له في الإسلام على ما قالوا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي
وقال أبو اليسر يوضع في بيت المال وقوله ولو اشتبه الضرب ظ **قال** ومن دخل دار الحرب
بأمان ● ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازا سواء كان معدنا أو كنزا رده عليهم تحرزا
عن الغدر قال النبي صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصا
وإن وجده في الصحراء أي التي في حيز دار الحرب وليست بمملوكة لأحد فهو له لأنه ليس في يد أحد على الخصوص
فلا يعد غدرا ولا شيء فيه أي لا خمس فيه لأن الخمس إنما يجب فيما يكون في معنى الغنيمة وهي ما كان في يد
أهل الحرب ووقع في يد المسلم بإيجاف الخيل والركاب وهذا ليس كذلك لأنه بمنزلة المتلصص في دار الحرب
إذا أخذ شيئا من أموالهم وأحرزه بدار الإسلام فإن قيل المستأمن منا في دارهم إذا وجد في أرض غير
مملوكة فكان له فهو له والمستأمن منهم في دارنا لو وجد شيئا من ذلك في الصحراء لا حق له فيه ويؤخذ منه
كله فما الفرق بينهما أجيب بأن الفرق أن دار الإسلام دار أحكام فيعتبر اليد الحكمية فيها على الموجود ودار
الحرب ليست كذلك فالمعتبر فيها الحقيقية والفرض عدمها **وقوله** وليس في الفيروزج يوجد في
الجبال هو النوع الثاني من المستخرج من المعادن وكذلك الجص والكحل والزرنيخ والياقوت وغيرها وقيد
بقوله يوجد في الجبال احترازا عما يوجد منه ومما ذكره بعد من الزيبق واللؤلؤ في خزائن الكفار
فأصيب قهرا فإن فيه الخمس بالاتفاق وقوله صلى الله عليه وسلم لا خمس في الحجر معلوم أنه لم يرد به ما كان

للتجارة وانما اراد ما يستخرج من معدنه فكان هذا اصلا في كل ما هو بمعناه وقوله وفي الزيبق الخمس قيل
هو فارسي معرب اعرب بالهمزة ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمزة والمراد به ما يصاب في معدنه لما ذكرنا
انفا حكي عن ابي يوسف ان ابا حنيفة رضي الله عنه كان يقول اولا لا شيء فيه وكنت اقول فيه الخمس فلم ازل
اناظره واقول انه كالرصاص حتى قال فيه الخمس ثم رايت ان لا شيء فيه فصار الحاصل انه على قول ابي حنيفة الاخر
وهو قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهم الله فيه الخمس وعلى قول ابي حنيفة الاول لا شيء فيه وقال لانه
بمنزلة القير والنفط يعني هو من جملة المياه وقالا انه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة
فانها لا تنطبع ما لم يخالطها شيء وهذا هو النوع الثالث مما ذكرنا في اول هذا الباب ولا خمس في العنبر
واللؤلؤ عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ
الخمس من العنبر روي ان يعلى بن امية كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنهما يسأله عن عنبرة وجدت على الساحل حل
فكتب اليه في جوابه انه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره يصلح حجة
في العنبر لا في اللؤلؤ ولم يذكر في الكتاب حجته في اللؤلؤ وذكر في الفوائد الظهيرية ان سؤال عمر
كان عنهما جميعا فانه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر فقال فيهما الخمس واقول الذي يظهر من كلام
المصنف انه اراد به الاستدلال على اللؤلؤ بالدلالة لانه قال وفي كل حلية تخرج من البحر واستدل على المجموع
بالعنبر لانه يخرج من البحر وفيه الخمس فكذا كل ما يستخرج منه دفعا للتحكم ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلما
ان الخمس انما يجب فيما كان في ايدي الكفرة وقد وقع بايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب والعنبر
ليس كذلك لانه لم يكن في يد احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره وعن هذا قالوا لو وجد الذهب في قعر البحر
لم يجب فيه شيء وقوله والمروي عن عمر رضي الله عنه جواب عن الاستدلال بجوابه ووجهه انه كان فيما
دسره البحر اي دفعه وقذفه وبه اي بوجوب الخمس في العنبر الذي دسره البحر نقول ومراده دسره
البحر الذي في دار الحرب فوجده الجيش على ساحله فاخذوه فانه غنيمة تجب فيه الخمس وانما قلنا ذلك لانه
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال في العنبر شيء دسره البحر فلا شيء فيه فيحمل على احد المعنيين اما
على بحر دار الاسلام واما على انه اخذه واحد من المسلمين في بحر دار الحرب لانه بمنزلة المتلصص ولا خمس فيهما
وقوله من متاع وجد ركازا اي حال كونه ركازا والمراد بالمتاع ما يتمتع به في البيت من الرصاص والنحاس
وغيرهما وقيل المراد به الثياب لانه يستمتع بها وذكر هذا البيان ان وجوب الخمس لا يتفاوت فيما بين ان
يكون الركاز من النقدين او غيرهما وكلامه واضح

باب زكاة الثمار والزروع

سمى العشر زكوة كما سمى المصدق فيما تقدم عاشرا مجازا واخر العشر
عن الزكوة لانها عبادة محضة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والعبادات الخالصة مقدمة على غيرها
قال ابو حنيفة رحمه الله في كل ما تنبت الارض ويبتغى به النماء قليلا كان او كثيرا رطبا كان او يابسا يبقى من
سنة الى سنة او لا يبقى او لا سقى سيحا اي بماء او سقته السماء اي المطر العشر الا الحطب والقصب
والحشيش والتبن والسعف وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية من سنة الى سنة اذا بلغ
خمسة اوسق كل وسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم قيد بالثمرة وهي اسم لشيء من
اصل وقيد بالباقية احترازا عن غيرها وحد البقاء ان يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة
والشعير والذرة وغيرها دون الخوخ والتفاح والسفرجل ونحوها وقيد بما يبلغ خمسة اوسق
احترازا عما اذا كان دونها والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة اوسق
الف ومائتا من لان كل صاع اربعة امنا قال شمس الائمة الحلواني هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة
الوسق ثلثمائة من وليس في الخضروات كالفواكه والبقول عشر عندهما لان البقول ليست بثمرة والفواكه

لابقاء

لا بقاء لها سنة الا بمعالجة كثيرة فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء ولم يتعرض
لكونه ثمرة لان البقول دخلت في اشتراط البقاء كما مر في الاول اي في اشتراط النصاب قوله عليه السلام
ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة اي عشر لان زكوة التجارة تجب فيما دون خمسة اوسق اذا بلغت قيمته مائتي
درهم ولانه صدقة بدليل تعلقه بنماء الارض وعدم وجوبه على الكافر وصرفه الى مصارف الصدقات
وكل ما هو صدقة يشترط له النصاب ليتحقق الغنا ولابي حنيفة قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه
العشر من غير فصل وتاويل ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون
درهما فيكون قيمة خمسة اوسق مائتي درهم وهو نصاب الزكوة ولان العشر فيه معنى العبادة كما ذكرنا ولهذا
لما ليته عفو ونصاب قياسا على الزكوة والجواب انه فاسد لانه قياس ما فيه العبادة المحضة وهو ظاهر
الفساد وقوله ولا معتبر بالمالك فيه اي في العشر جواب عن قوله فيشترط النصاب يعني ان الغنا صفة
المالك والمالك في باب العشر غير معتبر حتى يجب في ارض المكاتب والصبي والمجنون والاراضي الموقوفة
على الرباطات والمساجد فكيف بصفته وهو الغنا ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء
ولهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الخضروات صدقة ووجه الاستدلال انه عليه السلام
نفى الصدقة عن الخضروات وليس الزكوة منفية بالاتفاق فتعين العشر وله ما روينا يعني قوله عليه
السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر ومرويهما وهو ليس في الخضروات صدقة محمول على صدقة
ياخذها العاشر يعني اذا مر بالخضروات على العاشر واراد العاشر ان ياخذها من عينها لاجل الفقراء
عند اباء المالك عن دفع القيمة لا ياخذه به اي بهذا المروي اخذ ابو حنيفة في حق هذا المحل الذي حملناه
عليه وانما قلنا لاجل الفقراء لانه لو اخذ من عينها ليصرف الى عمالته جاز وانما قلنا عند اباء المالك عن
دفع القيمة لانه اذا اعطاه القيمة لا كلام في جواز اخذه وهذا لان الاخذ ثبت نظرا للفقراء ولا نظر
هنا لان العاشر في الاغلب يكون نائيا عن البلد ولا يجد فقيرا ثمة يصرفه اليه فيحتاج الى ان يبعث بها الى
البلد وربما يفسد قبل الوصول الى الفقراء فيؤدي الى الضرر فلا ياخذ بل يؤديه بنفسه والذي
يقطع هذه المادة ان العام المتفق عليه ولم يعضده موجبه اولى من الخاص المختلف فيه وقد اتفقوا على العمل
بما رواه ابو حنيفة رضي الله عنه في مقدار خمسة اوسق ولم يعملوا بما رواه ابو حنيفة رحمه الله وانما حمله على
محل اخر وعمل به فيه وابو حنيفة رحمه الله اخذ هذا الاصل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فانه عمل بالعام
المتفق عليه حين اراد اجلاء بني النضير وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب واجلاهم
ولم يلتفت الى ما اعترضوا به من قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون كذا افاده شيخي وشيخه رحمه الله
وقوله ولان الارض قد تستنمى دليل معقول على مدعاه وتقريره ان السبب هي الارض النامية والارض
النامية قد تستنمى بما لا يبقى فلو لم يجب العشر فيما لا يبقى لكان قد وجد السبب والخارج بلا شيء وذلك
خلاء السبب عن الحكم في موضع يحتاط في اثبات ذلك الحكم وهو لا يجوز ولهذا يجب فيه اي فيما لا يبقى
الخراج كالخضروات او في الارض النامية بالخارج الذي يبقى على تأويل المكان وقوله واما الحطب
بيان لما استثناه ابو حنيفة رضي الله عنه مما اخرجته الارض وقوله في الجنان اي في البساتين وبيانه
ان الحطب والقصب والحشيش ونحوها مما لا تستنمى به الارض لا عشر فيها لان سبب وجوب العشر الارض
النامية وهذه الاشياء تنقى عنها البساتين لانها اذا غلبت على الارض افسدتها فلا يحصل النماء بها حتى لو
اتخذ الارض مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش واراد به الاستنماء بقطع ذلك وبيعه يجب فيها العشر
وقوله والمراد بالمذكور القصب الفارسي القصب كل نبات كان ساقه انابيب وكعوبا والكعب العقد
والانبوب ما بين الكعبين وانواع القصب الفارسي وهو ما يتخذ منه الاقلام وقصب السكر ذريرة

وهو نوع منه متقارب العقد والبوبة معلوم من مثل نبح العلوب ولحم مضغه جراته ومنه قد عطر يوتي به من الهند وأجوده الياقوتي اللون وقصب السكر والمستثنى منهما القصب الفارسي وأما الأجزان ففيهما العشر لأنه يقصد بهما استغلال الأرض بخلاف السعف وهو ورق الجريد الذي يتخذ منه المراوح والتبن لأن المقصود هو الحب والثمر دونهما فإن قيل ينبغي أن يجب العشر في التبن لأنه كان واجبا وقت كون الزرع قصيلا والتبن هو القصيل إلا أنه ازدادت فيه اليبوسة وبها لا يتغير الواجب أجيب بأنه لا يجب العشر في التبن لأن العشر كان واجبا قبل إدراك الزرع في الساق حتى لو فصل وجب العشر في القصيل فإذا أدرك تحول العشر من الساق إلى الحب كما تحول الخراج من المكنة عند التعطيل إلى الخارج عند الزرع **قال** وما سقي بغرب أو دالية الغرب الدلو العظيم والدالية المجنون تديرها البقرة وذكر في المغرب أن الدالية جذع طويل تركب تركيب مداق الأرز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية الناقة التي يستقى عليها وقوله ففيه نصف العشر من غير شرط النصاب والبقاء وعندهما الواجب نصف العشر لكن بشرط النصاب والبقاء كما بينا وما ذكره من الدليل ظاهر وقال شمس الأئمة السرخسي علل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وكثرتها فيما سقي بغرب أو دالية وهذا ليس بقوي فإن الشرع أوجب الخمس في الغنائم والمؤنة فيها أكثر منها في الزراعة ولكن هذا تقدير شرعي فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وإن لم نقف عليها وقوله وإن سقي سيحا أو بدالية والسيح والسماء عطف الدالية بالباء لأن السيح اسم للماء دون الدالية فإن الدالية آلة الاستقاء فلا يصح أن يقال سقط دالية لأن الدالية غير مستقية بل هي آلة السقي كذا في النهاية **وقوله** قال أبو يوسف قيل إنما ابتدأ بقول أبي يوسف لأنه لا يرد الإشكال على قول أبي حنيفة فإنه يقول بالعشر في القليل والكثير وهما أثبتا الحكم على نحو مذهبهما في المنصوص عليه وهو ما يدخل تحت الوسق فيحتاج إلى البيان فيما لا يوسق وقوله لأن التقدير بالوسق كان باعتبار أنه أعلى ما يقدر به نوعه لأنه يقدر أولا بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق أقصى ما يقدر به من معياره وأقصى ما يقدر به في القطن الحمل لأنه يقدر أولا بالأساتير ثم بالأمنان ثم بالحمل فكان الحمل أعلى ما يقدر به وفي الزعفران المن لأنه يقدر أولا بالسنجات ثم بالأساتير ثم بالمن وقوله وفي العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر وقيد بأرض العشر لأنه إذا أخذ من أرض الخراج فلا شيء عليه فيه لا عشر ولا خراج كما بين وقوله فأشبه الإبريسم يعني الذي يكون من دود القز ولنا قوله عليه السلام يعني به ما روى أبو سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن أن في العسل العشر ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار قال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما وقوله ثم عند أبي حنيفة **وقوله** لحديث بني شبابة وفي بعض النسخ بني سيارة وهو ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن بني شبابة قوم من خثعم وقال في المغرب من خثعم كانت لهم نحل عسل يؤدون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب قربة وكان يحمي لهم واديهم فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه استعمل عليهم سفيان بن عبد الله الثقفي رضي الله عنه فأبوا أن يعطوه شيئا فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب إليه عمر إن النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى إلى من شاء فإن أدوا إليك ما كانوا يؤدون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحم لهم واديهم وإلا فخل بينها وبين الناس فدفعوا إليه العشر والقربة خمسون رطلا وقوله كل فرق منه والفرق ستة وثلاثون رطلا الفرق بفتحتين إناء يأخذ ستة عشر رطلا وذلك ثلاثة أصوع نقله صاحب المغرب في التهذيب عن ثعلب وخالد بن يزيد قال الأزهري والمحدثون على السكون وكلام العرب على التحريك وفي الصحاح الفرق مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا وقد يحرك ثم قال المطرزي قلت ويؤيد هذا ما روي عن محمد رحمه الله الفرق ستة وثلاثون رطلا

على القولين يعني عدم أي
على حسب اختلاف قول
أبي حنيفة وأبي
يوسف ومحمد
رضي الله
عنهم منه
بتضعيف
العشر
م

ولو أخذ

ولو أخذ هذا فيما عندي من أصول اللغة قوله وكذا في قصب السكر أي الخلاف بين أبي يوسف ومحمد في قصب السكر كما هو في القطن والزعفران فيعتبر عند أبي يوسف بقيمة خمسة أوسق وعند محمد خمسة أمنان وقوله ما يوجد في الجبال ظاهر وقوله لأن المقصود حاصل وهو الخارج يعني ولا معتبر بكون الأرض غير مملوكة له لأن العشر يجب على المستعير إذا زرع وإن لم تكن الأرض مملوكة له لما أن الخارج سلم له من غير عوض فكذا هذا **قال** وكل شيء أخرجته الأرض كل شيء أخرجته الأرض مما فيه الواجب العشر عشرا كان أو نصفه لا يرفع المؤنة من العشر مثل أجر العمال والبقر وكري الأنهار وغير ذلك يعني لا يقال بعدم وجوب العشر في قدر الخارج الذي بمقابلة المؤنة من حيث القيمة بل يجب العشر في كل الخارج وكان من الناس من قال يجب أن ينظر إلى قدر قيم المؤن من الخارج فيسلم ذلك القدر بلا عشر ثم يعشر الباقي لأن قدر المؤن بمنزلة السالم له بعوض كأنه اشتراه ألا يرى أن من زرع في أرض مغصوبة سلم له من الخارج بقدر ما غرم من نقصان الأرض وطاب له كأنه اشتراه ووجه قولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة لأنه قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب ففيه نصف العشر فإذا كان كذلك لم يكن لرفعها معنى لأن رفعها يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو باطل وبيانه أن الخارج فيما سقته السماء إذا كان عشرين قفيزا ففيه العشر قفيزان وإذا كان الخارج فيما سقي بغرب أربعين قفيزا والمؤنة تساوي عشرين قفيزا فإذا رفعت كان الواجب قفيزين فلم يكن تفاوت بين ما سقته السماء وما سقي بغرب والنص عليه خلافه فتبين أن ما سقي بغرب فيه نصف العشر من غير اعتبار المؤنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح فلئن قيل كان من حق الكلام أن يقول مما فيه العشر أو نصف العشر لأن الواجب أحدهما والجواب أن المراد الواجب العشر كما أشرنا إليه في صدر الكلام فكان العشر صار علما لذلك سواء كان عشرا لغويا أو نصفه **وقوله** تغلبي بكسر اللام منسوب إلى بني تغلب عرف ذلك بإجماع الصحابة تقدم بيانه في فصل عمر رضي الله عنه معهم ولا فصل في ذلك بين أن تكون الأرض ملكه في الأصل أو اشتراها من مسلم وعن محمد فيما اشتراه من المسلم عشر واحد لأن الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فتضعيف العشر إنما يكون في الأراضي الأصلية التي وقع الصلح عليها ولهما أن الصلح وقع بيننا وبينهم على أن يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلم والعشر يؤخذ من المسلم فيضعف عليهم وقوله وإن اشتراها يعني الأرض التي عليها العشر المضاعف من الأصل من التغلبي ذمي بقي على حالها من العشر المضاعف عنده لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا مر على العاشر فإن الذمي إذا مر على العاشر بمال الزكاة يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم وقوله وكذلك إن اشتراها منه مسلم يعني يبقى عشرها مضاعفا عند أبي حنيفة من غير فصل بين التضعيف الأصلي والحادث لأن التضعيف صار وظيفة لها فينتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج فإن المسلم إذا اشترى أرضا خراجية بقيت كما كانت وكذا إذا أسلم صاحبها وهذا لأن بقاء الحكم يستغني عن بقاء العلة كالرمل في الاضطباع بقيا بعد زوال الحاجة إلى إظهار الجلادة وههنا بحث قررناه في التقرير فليطلب ثمه وقال أبو يوسف يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف وهو الكفر ألا ترى أن التغلبي إذا كانت له خمس من الإبل السائمة يجب فيها شاتان فإن باعها من مسلم أو أسلم يؤخذ منه شاة واحدة والجواب لأبي حنيفة أن مال الزكاة أقبل للتحول من وصف إلى وصف ألا ترى أن مال التجارة يبطل عنه الزكاة بنية القنية والسوائم يبطل عنها بجعلها علوفة والأراضي ليست كذلك **وقوله** قال في الكتاب أي في كتاب الزكاة من المبسوط وهو أي العود إلى عشر واحد قول محمد فيما صح عنه قال المصنف رحمه الله تعالى اختلف النسخ أي نسخ المبسوط في بيان قول محمد أنه مع أبي حنيفة أو مع أبي يوسف والأصح أنه مع أبي حنيفة في بقاء التضعيف على المسلم وما بعده ظاهر مما تقدم وقوله ولو كانت الأرض لمسلم باعها من نصراني أي ذمي غير

تغلبي وانما قيد بذلك لان لفظ النصراني ولفظ الذمي يتناولان التغلبي وغيره من النصارى وذكر قبله هذا البيع المسلم من التغلبي فكان هذا غير تغلبي وانما قيده بقوله وقبضها ليتعلق به تأكد ملك الذمي فيها وقوله لتقرر الارض عليه حتى اذا اخذها مسلم بالشفعة او ردت على البائع بقي عشرية كما كانت وهي المسئلة الثانية التي تجيء وقوله لانه اليق بحال الكافر انما كان كذلك لان المأخوذ ثلثة انواع خراج وعشر واحد وعشر مضاعف والعشر المضاعف يعتمد الصلح والتراضي كما في التغالبة وليس بموجود والعشر الواحد فيه معنى القربة والكافر ليس من اهله فتعين الخراج لانه اليق به لكونه مؤنة فيها معنى العقوبة والكافر اهل لها وقوله اعتبارا بالتغلبي يعني ان ما كان مأخوذا من المسلم اذا وجب اخذه من الكافر يضعف عليه كصدقة بني تغلب وما يمر به ذمي على العاشر وهو اهون من الشد بل لانه تغيير في الوصف والخراج واجب آخر وقوله ثم في رواية يصرف مصارف الصدقة فانه في رواية مصارف الخراج وجه الاولى ان حق الفقراء تعلق به فهو كتعلق حق المقاتلة بالاراضي الخراجية ووجه الثانية وهي رواية ابن سماعة ان ما يصرف الى الفقراء هو ما كان لله تعالى بطريق العبادة ومال الكافر ليس كذلك فيصرف مصارف الخراج وقوله فان اخذها منه مسلم اي ان اخذ الارض التي باعها المسلم من نصراني من النصراني مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول اي الاخذ بالشفعة فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من المسلم ولم يتوسط النصراني واعترض بانه لو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشتري اذا قبضها منه واجيب بانه انما يرجع عليه لوجود القبض منه كما في الوكيل بالبيع فان المشتري يرد المبيع بالعيب على الوكيل لا الموكل لحصول القبض منه حتى لو كان الشفيع قبضها من البائع ثم وجدها معيبا يردها عليه دون المشتري واما الثاني اي الرد على البائع لفساد البيع فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم اي البائع لا ينقطع بهذا الشراء الفاسد لكونه مستحق الرد بفسخ الحاكم **قال** واذا كانت لمسلم دار خطة ۝ دار خطة كما هي خطة بالاضافة سماعا ويجوز خطة بالنصب تمييزا كما في عندي راقود خلا والخطة ما خطه الامام بالتمليك عند فتح دار الحرب والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار على ما يجيء ووضع هذه المسئلة لبيان ان الحكم الاصلي للشيء لا يتغير بتغير صفته فانها لو بقيت دارا كما كانت لم يكن فيها شيء سواء كان مالكها مسلما او ذميا فاذا جعلها بستانا وجب عليه العشر ان سقاه بماء العشر والخراج ان سقاه بماء الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء لان وظيفة نماء الاراضي باعتبار انزالها وهي انما تكون بالماء واستشكل هذه المسئلة بان فيها توظيف الخراج على المسلم ابتداء وقد ذكر محمد في ابواب السير من الزيادات ان المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج واجاب شمس الائمة بان معناه اذ لا يبتدأ بتوظيف الخراج عليه اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهاهنا وجد منه ذلك وهو السقي بماء الخراج اذ الخراج يجب حقا للمقاتلة فيختص وجوبه بما حوته المقاتلة الا ترى ان المسلم اذا احيى ارضا ميتة باذن الامام وسقاها بماء الخراج وجب عليه الخراج ومعنى قوله في مثل هذا الارض التي لم يتقرر امرها على عشر او خراج وهو احتراز عما اذا كان لمسلم ارض تسقى بماء العشر وقد اشتراها ذمي فان نماءها عشري وفيه الخراج **وقوله** وليس على المجوسي في داره شيء قال شيخ الاسلام رحمه الله انما خصه بالذكر لانه قيل لعمر رضي الله عنه ان المجوس كثير بالسواد فقال اعياني امر المجوس وفي القوم عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب الحديث فلما سمع عمر رضي الله عنه بذلك عمل به وامر عماله ان يمسحوا اراضيهم وعامرهم فيوظفوا الخراج على اراضيهم بقدر الطاقة والربع وعفا عن رقاب دورهم وعن رقاب الاشجار فيها فلما ثبت العفو في حقهم مع كونهم ابعد عن الاسلام ثبت في حق اليهود

والنصارى

والنصارى بالطريق الاولى فان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر عليه اذ فيه معنى القربة فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله ولقائل ان يقول اما ان يكون الاعتبار للماء او لحال من توضع عليه الوظيفة فان كان الاول وجب عليه العشر وان كان الثاني ناقض هذا قوله لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء ووجب على المسلم العشر اذا سقى ارضه بماء الخراج والجواب ان الاعتبار للماء ولكن قوله المحل شرط وجوب الحكم والكافر ليس بمحل لايجاب العشر عليه لكونه عبادة فان قيل فليكن المسلم محلا لايجاب الخراج وفيه الصغار والمسلم ليس بمحل له فالجواب انه لا صغار في خراج الاراضي انما هو في خراج الجماجم كذا ذكر شمس الائمة رحمه الله سلمناه ولكنه ليس بمحل له مطلقا او اذا لم يظهر منه صنع يقتضيه والاول ممنوع والثاني مسلم ولكنه قد ظهر منه ذلك وهو السقي بماء الخراج كما تقدم وقوله على قياس قولهما يعني مامر ان الذمي اذا اشترى من مسلم ارضا عشرية وجب عند ابي يوسف عشر مضاعف وعند محمد عشر واحد فعلى قياس قولهما هذا وجب على المجوسي اذا سقى ارضه بماء العشر عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران والوجه من الجانبين قد مر وكذا الروايتان عن محمد في المصرف وقوله ثم الماء العشري بيان للماء العشري والخراجي وهو ظاهر والانهار التي شقها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد ونهر مرو لان اصل تلك الانهار بماء الخراج فصار ماؤها خراجيا وصارت الارض الخراجية بها وسيحون نهر ترمذ بكسر التاء والدال المعجمة وجيحون نهر الترك وهو نهر خجند ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة قال بعض الشارحين الآبار والعيون التي حفرت وظهرت في الارض العشرية ماؤها عشري اما التي تكون في الارض الخراجية فالماء فيها خراجي لان الماء يأخذ حكم الارض لكونه خارجا منها وفيه بحث وهو انه ذكر ان الارض العشرية ما تسقى من ماء العشر فلو كان ماء العشر من الآبار والعيون ما يكون في الارض العشرية لم يفد شيئا لتوقف احدهما على الآخر والجواب ان الاراضي العشرية خمسة انواع ارض العرب كلها عشرية وسيأتي تحديدها والثاني كل ارض اسلم اهلها طوعا والثالث الارض التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين والرابع بستان مسلم كان داره فاتخذه بستانا والخامس الارض الميتة التي احياها مسلم وكانت من توابع الارض العشرية وما نحن فيه انما يتصور في الرابع والخامس فان المسلم اذا كانت له دار في ارض العرب او في الارض التي اسلم اهلها طوعا او التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلها بستانا وسقى بماء الآبار والعيون التي وجب العشر وان كانت الدار لمجوسي والمسئلة بحالها فعلى ما ذكر من اختلافهم في وجوب الخراج او العشر الواحد او المضاعف وعلى هذا اذا احياها او وقفها لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة اي على تضعيف ما يجب على المسلمين من العبادة او ما فيه معناها دون المؤنة المحضة اي الخالية عن معنى العبادة كالخراج فمن وجب عليه من المسلمين شيء من ذلك وجب على بني تغلب ضعفه وعلى الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وقوله وليس في عين القير والنفط القير هو الزفت والقار لغة فيه والنفط بفتح النون وكسرها وهو افصح دهن يكون على الماء في العين وكلامه واضح **وقوله** وعليه في ارض الخراج خراج يجوز ان يكون معناه على عين القير والنفط خراج بان يمسح موضع القير اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة فيكون موضع العين تابعا للارض وهو اختيار بعض المشايخ ويجوز ان يكون معناه على الرجل في عين القير والنفط في ارض الخراج خراج يعني في حريمها اذا كان صالحا للزراعة ولا يمسح موضع العين لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية ابن سماعة عن محمد وهو مختار ابي بكر الرازي لان حريمه في الاصل صالح لها وانما عطله صاحبه لحاجته وهو تحصيل ما يحصل به فيه ومنهم من قال لا خراج فيها ولا على ما حولها لانها لا تصلح للزراعة كالسبخة وما لا يبلغها الماء وكان المصنف اختار قول ابي بكر

الجماجم صح نسخة
وهي الرؤوس المراد
من خراج الجماجم الجزية
على الرؤوس

الرازي رحمهما الله **باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز** لما ذكر
الزكوة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع والثمار احتاج إلى بيان من يصرف إليه هذه الأشياء
فشرع في بيانه في هذا الباب. الأصل فيه أي فيمن يجوز الصرف إليه قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء
والمساكين الآية فهي ثمانية أصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم وهم كانوا ثلاثة أنواع نوع كان
يتألفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليسلموا أو ليسلم قومهم بإسلامهم ونوع منهم أسلموا لكن على ضعف فيريد
تقريرهم لضعفهم ونوع منهم لدفع شرهم وهم مثل عيينة بن حصن والأقرع بن حابس والعباس بن مرداس
وكان هؤلاء رؤساء قريش لو لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم خوفا منهم فإن الأنبياء عليهم السلام
لا يخافون أحدا إلا الله وإنما أعطاهم خشية أن يكبهم الله على وجوههم في نار جهنم ثم سقط ذلك في خلافة
الصديق رضي الله عنه روي أنهم استبدلوا الخط لنصيبهم في خلافة أبي بكر رضي الله عنه فبذل لهم وجاؤا
إلى عمر رضي الله عنه فاستبدلوا الخط فأبى ومزق خط أبي بكر رضي الله عنه وقال هذا شيء كان يعطيكم رسول
الله تأليفا لكم فأما اليوم فقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم فإن ثبتم على الإسلام وإلا فبيننا وبينكم السيف
فعادوا إلى أبي بكر رضي الله عنه فقالوا أنت الخليفة أو عمر بذلت لنا الخط ومزقه عمر فقال هو إن شاء
ولم يخالفه وعلى ذلك انعقد الإجماع واختلف كلام القوم في وجه سقوطه بعد النبي صلى الله عليه
وسلم بعد ثبوته بالكتاب إلى حين وفاته عليه السلام فمنهم من ارتكب جواز نسخ ما ثبت بالكتاب بالإجماع
بناء على أن الإجماع حجة قطعية كالكتاب وليس بصحيح من المذهب ومنهم من قال هو من قبيل انتهاء الحكم
بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم بانتهاء وقته وهو النهار ورد بأن الحكم في البقاء لا يحتاج إلى علة كما
في الرمل والاضطباع في الطواف وقد تقدم فإنهما وهما قد لا يستلزم انتهاؤه وفيه بحث فتركناه
في التقرير وقال الشيخ العلامة عبد العزيز رحمه الله والأحسن أن يقال هذا تقرير لما كان في زمن
رسول الله صلى الله عليه وسلم من حيث المعنى وذلك أن المقصود بالدفع إليهم كان إعزاز الإسلام لضعفه في
ذلك الوقت لغلبة أهل الكفر فكان الإعزاز في الدفع ولما تبدل الحال بغلبة أهل الإسلام صار
الإعزاز في المنع فكان الإعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الآلة لإعزاز الدين
والإعزاز هو المقصود وهو باق على حاله فلم يكن نسخا كالمتيمم وجب عليه استعمال التراب للتطهير لأنه
آلة متعينة لحصول التطهير عند عدم الماء فإذا تبدل حاله بوجدان الماء سقط الأول ووجب استعمال
الماء لأنه صار متعينا لحصول المقصود ولا يكون هذا نسخا للأول فكذا هذا وهو نظير إيجاب الدية على
العاقلة فإنها كانت واجبة على العشيرة في زمن النبي عليه السلام وبعده على أهل الديوان لأن الإيجاب
على العاقلة بسبب النصرة والاستنصار في زمنه عليه السلام كان بالعشيرة وبعده عليه السلام على أهل
الديوان فإيجابها على أهل الديوان بعده عليه السلام لم يكن نسخا بل كان تقريرا للمعنى الذي وجبت الدية
لأجله وهو الاستنصار فكذا هذا وهو كلام حسن. وقوله والفقير من له أدنى شيء ظ وقوله ولكل وجه أما وجه
الأول وهو أن يكون المسكين أسوأ حالا من الفقير فقوله تعالى أو مسكينا ذا متربة أي لاصقا بالتراب من الجوع
والعري وأما وجه من قال بالثاني وهو أن الفقير أسوأ حالا من المسكين لعملهم في البحر والفائدة تظهر
في الوصايا والأوقاف والنذور لا في الزكوة فإن صرفها إلى صنف واحد يجوز عندنا فإنهما صنفان أو صنف
واحد سنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى روي عن أبي يوسف أنه قال هما صنف واحد حتى قال
فيمن أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين أن لفلان نصف الثلث وللفريقين النصف الآخر وقال أبو
حنيفة لفلان ثلث الثلث فجعلهما صنفين وهو الصحيح كذا ذكره فخر الإسلام لأنه عطف وهو يقتضي المغايرة
قوله والعامل يدفع إليه العامل هو الذي يبعثه الإمام لجباية الصدقات يعطيه ما يسعه أي يكفيه وأعوانه

لقوله تعالى أما السفينة فكانت لمساكين

مدة ذهابهم وإيابهم لأنه فرغ نفسه لهذا العمل وكل من فرغ نفسه لعمل من أمور المسلمين يستحق على ذلك رزقا
كالقضاة والمقاتلة وليس ذلك على وجه الإجارة لأنها لا تكون إلا على عمل معلوم أو مدة معلومة وأجر معلوم
ولم يقدر ذلك بالثمن خلافا للشافعي فإنه يقدر بذلك لأن التسمية تقتضي المساواة في الأصل فلو تبايناه
لحصته وفيه نظر لأن التسمية إن اقتضت ذلك فسهم المؤلفة قلوبهم سقط بالإجماع فلم يبق الأسهم ثمانية حتى يكون
له ثمن وأجيب بأن المؤلفة قلوبهم مسلمون وكفار والساقط سهم الكفار فقط فكانت الأسهم ثمانية وقوله
لأن استحقاقه بطريق الكفاية أي لا بطريق الصدقة ألا ترى أن صاحب الزكوة لو دفعها إلى الإمام لم يستحق
العامل شيئا ويأخذ وإن كان غنيا فإن قيل لو كان كذلك لجاز أخذه للهاشمي أجاب بقوله إلا أن فيه شبهة
الصدقة نظرا إلى سقوط الزكوة عن ذمة المؤدي فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول
عليه السلام عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه أي الهاشمي في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه
وقوله هو المنقول يعني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإنه روي أن رجلا قال يا رسول الله دلني على
عمل يدخلني الجنة فقال فك الرقبة وأعتق النسمة فقال أوليسا سواء يا رسول الله قال فك الرقبة أن تعين في
عتقها **وقوله** ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه لأنه إذا ملك ذلك صار غنيا وإذا لم يملك وما في يده مستحق
بالدين وجوده وعدمه سواء كان فقيرا وقوله في إصلاح ذات البين أي الصلح بين المتعاديين لئلا تؤدي
الاختلاف وحصول الائتلاف والتأبين العداوة والتجاء **وقوله** منقطع الغزاة أي فقراء الغزاة وكذلك
المراد بمنقطع الحاج فقراؤهم المنقطع بهم ولا يصرف إلى أغنياء الغزاة عندنا لأن المصرف هو الفقراء لقوله
صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام لا تحل
الصدقة لغني إلا لخمسة من جملتهم الغازي في سبيل الله وتأويله الغني بقوة البدن ومعناه أن المستغني بكسبه
لقوة بدنه لا يحل له طلب الصدقة إلا إذا كان غازيا فيحل له لاشتغاله بالجهاد عن الكسب وذكر تلك
الخمسة في الحديث فقال لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة الغازي والعامل عليها والغارم ورجل اشتراها
بماله ورجل تصدق بها على المساكين فأهداها المسكين إليه وذكر في المصابيح وفي رواية وابن السبيل
فإن قيل قوله وفي سبيل الله مكرر سواء كان منقطع الغزاة أو منقطع الحاج لأنه إما أن يكون له في وطنه
مال أو لا فإن كان فهو ابن السبيل وإن لم يكن فهو فقير فمن أين يكون العدد سبعة أجيب بأنه فقير إلا أنه
ازداد فيه شيء آخر سوى الفقر وهو الانقطاع في عبادة من جهاد أو حج فلذلك غاير الفقير المطلق فإن المقيد
يغاير المطلق لا محالة ويظهر أثر التغاير في حكم آخر أيضا وهو زيادة التحريض والترغيب في رعاية جانبه
التي استفيدت من العدول عن اللام إلى كلمة في فإن في ذلك إيذانا بأنهم أرسخ في استحقاق التصدق عليهم
ممن سبق ذكرهم لأن في للظرفية فنبه على أنهم أحقاء بأن توضع فيهم الصدقات وإذا كان كذلك لم ينقص
المصارف عن السبعة وفيه تأمل وقوله وهذه جهات الزكوة يعني أنهم مصارف الزكوة والصدقات
لا مستحقوها عندنا حتى يجوز الصرف إلى واحد منهم وقال الشافعي رحمه الله هم المستحقون لها حتى لا يجوز
ما لم يصرف إلى الأصناف السبعة من كل صنف ثلاثة وهم أحد وعشرون لأن الإضافة بحرف اللام للاستحقاق
لكونها موضوعة للتمليك ولنا أن الإضافة لبيان أنهم مصارف لا لإثبات الاستحقاق قال ابن عباس رضي الله
عنه المراد بيان المصارف فإلى أيها صرفت أجزأك كما أن الله تعالى أمرنا باستقبال الكعبة فإذا استقبلت
جزءا منها كنت ممتثلا للأمر ألا ترى أن الله تعالى ذكر الأصناف ينبئ عن الحاجة فعرفنا أن المقصود سد
الحاجة فصاروا صنفا واحدا في الحقوق **وقوله** وهذا إلى ما ذكرنا أن الإضافة لهم لبيان أنهم
مصارف لا لإثبات الاستحقاق لما عرف أن الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف لما ذكرنا أنه تعالى ذكر الأصناف ينبئ عن الحاجة فلا يبالي باختلاف جهاته وقوله ولا

ولا يجوز أن يدفع الزكاة إلى ذمي واضح والضمير في من أغنيائهم راجع إلى المسلمين بالإجماع لأن الزكاة لا تجب
على الكافر فكذا ضمير فقرائهم لئلا يختل النظم فإن قيل هذا زيادة على النص وهو قوله تعالى إنما الصدقات
للفقراء بخبر الواحد وهو لا يجوز أجيب بأنه مشهور تلقته الأئمة بالقبول فجاز الزيادة به وقوله ويدفع ما سوى
ذلك من الصدقة إليه يعني إلى الذمي لأنه هو المذكور أولا دون الحربي والمستأمن وفقراء المسلمين أولى وقوله
تصدقوا على أهل الأديان كلها يقتضي شيئين أحدهما أن يجوز الصرف إلى الحربي والمستأمن والثاني جواز دفع
الزكاة أيضا وأجاب عن الثاني بقوله ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز في الزكاة لأن قوله تصدقوا مطلق
فإن معناه افعلوا التصدق فمنهم من قال معناه أنه مخصوص به وليس بشيء لأن المطلق ليس بعام ومنهم
من يقول معناه العمل بالدليلين وذلك لأن قوله تصدقوا على أهل الأديان كلها يقتضي جواز دفع الزكاة
إليهم وحديث معاذ يقتضي عدمه فقلنا بحديث معاذ في الزكاة وبالآخر فيما سواها من الصدقات الواجبة
كصدقة الفطر والصدقة المنذورة والكفارات عملا بالدليلين ولم يذكر الجواب عن الأول وأجيب عنه
بأنه مخصوص في حق الحربي والمستأمن بقوله إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم وفيه لأنه حينئذ بيان التغيير
وهو يمنع الخصوص على ما عرف في الأصول ولا يندفع ما قيل كلمة كل لتأكيد الأديان لا لتأكيد الأهل فأهل
فإنه عام مخصص لما قلنا ولكن يقتضي أن يكون المخصوص مقارنا عندنا وليس بثابت على أن في الآية النهي عن التولي
لا عن البر فلا يكون له تعلق بالصدقة ويمكن أن يقال أمرنا بالمقاتلة معهم بآيات المقاتلة
فإن كان شيء منها متأخرا عن هذا الحديث كان ناسخا في حقهم وإن لم يكن لم يبق الحديث معمولا به في حقهم
لأن التصدق عليهم نوع إعانة لهم ومواساة وهي منافية لمقتضى الآية وليس في حرمتها فيسقط العمل به في حقهم
ويبقى معمولا في حق أهل الذمة عملا بالدليل بقدر الإمكان وقوله ويشترط التمليك لأن الأصل في دفع الزكاة
تمليك فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه جزءا من المال مع قطع منفعة الملك عن نفسه مقرونا بالنية ولقائل
أن يقول قولكم التمليك ركن دعوى مجردة إذ ليس في الأدلة النقلية المنقولة في هذا الباب ما يدل على ذلك
ما خلا قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء وأنتم جعلتم اللام للعاقبة دون التمليك والجواب أن معنى
قولهم للعاقبة أن المقبوض يصير ملكا لهم في العاقبة فهم مصارف ابتداء لا مستحقون ثم يحصل لهم الملك
في العاقبة بدلالة اللام فلم يبق دعوى مجردة وقوله لأن قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه بدليل أن
الدائن والمديون إذا تصادقا أن لا دين بينهما فللمؤدي أن يسترد المقبوض من القابض فلم يصر
هو ملكا للقابض وإنما قيد بدين الميت لأنه لو قضى دين حي بأمره وقع عن الزكاة كأنه تصدق على الغريم
فيكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة وقوله ولا يشتري بها رقبة ظاهر وقوله ولا يدفع المزكي
زكاته إلى أبيه أي من يكون بينهما قرابة ولاد أعلى أو أسفل وأما ما سوى ذلك من القرابة فيتم الإيتاء بالقبض
إليه وهو أفضل لما فيه من صلة الرحم وقوله للاشتراك في المنافع عادة لأن الله تعالى قال ووجدك
عائلا فأغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها وقوله عنها وقوله لما ذكرنا يعني من اشتراك المنفعة الا ترى أن
كل واحد منهم متهم في حق صاحبه حتى لا يجوز شهادته له وأن كل واحد منهما يرث صاحبه من غير حجب كما في الولاد
فكما أن الولاد مانع فكذا ما يتفرع منه الولاد وقوله قلنا هو محمول على النافلة لما روي أنها كانت
امرأة صنعاء اليدين تعمل للناس وتتصدق بذلك وبه نقول وقوله لما في كسب مكاتبه ظاهر إلا ترى
أنه لو تزوج جارية مكاتبه لم يجز كما لو تزوج جارية نفسه وقوله ولا إلى عبد أعتق بعضه بضم الهمزة بأن
يكون عبد بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو معسر لا يجوز للآخر دفع زكاته إليه لأنه بمنزلة المكاتب
عنده وحر مديون عندهما وقوله بخلاف امرأة الغني فإنه يجوز الدفع إليها إذا كانت فقيرة وهو ظاهر
الرواية وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه لا يجوز لأنها مكفية المؤونة بما يستوجب النفقة على الغني

حال

حالة اليسار والإعسار فالصرف إليها كالصرف إلى ولد صغير لغني ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب والفرق
والفرق بينهما وبين الولد الصغير للغني أنه يستوجب النفقة عليه بالحرية فكان الصرف إليه كالصرف
إلى الغني وقوله ولا يدفع إلى بني هاشم إلى قوله فمنزلة التبرد بالماء ظاهر واعترض عليه بأن التشبيه
بالوضوء على الوضوء كان أنسب باعتبار وجود القربة فيهما ولهذا اختار صاحب الفتاوى الكبرى حرمة
التطوع أيضا وذكر في شرح الآثار أن المفروضة والنافلة محرمتان عليهم عندهما وعن أبي حنيفة فيهما
روايتان وأجيب بأن المال في التطهير دون الماء لأن المال مطهر حكما والماء حقيقة وحكما فيكون الماء
مطهرا من وجه دون وجه فجعلناه متدنسا في الفرض دون النفل عملا بالوجهين وقوله وهو الرد
على ظاهر **وقوله** وأما موالهم فلما روي أن مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أبو رافع
روى صاحب السنن مسندا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة
فقال لأبي رافع اصحبني فإنك تصيب منها مالك حتى أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله فأتاه ابي رافع
فسأله فقال مولى القوم من أنفسهم وإنا لا تحل لنا الصدقة فإن قيل لو كان مولى القوم منهم لما أخذ
الجزية على عبد كافر إذا أعتقه القرشي لأنه لا جزية عليه أجاب بقوله بخلاف ما إذا أعتق القرشي عبدا
نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية ولا يعتبر حال المعتق يعني أن هذا لأنه هو القياس فإن القياس أن لا
يلحق المعتق بالمعتق في حالة ما لأن كل واحد منهما أصل بنفسه من حيث البلوغ والعقل والحرية
وخطاب الشرع والإلحاق إنما كان بالنص في حق الصدقة فلا يتعداه ولهذا يؤخذ من التغلبي الجزية
دون الصدقة المضاعفة وقوله قال أبو حنيفة ومحمد هذا على ثلاثة أوجه إما إن ظهر أنه كان محلا
للصدقة أو لم يظهر حاله عنده أصلا أو ظهر أنه لم يكن محلا للصدقة ففي الأول يجوز وفي
الثاني جاز عند أبي حنيفة ومحمد ولا إعادة عليه وهل يطيب المقبوض للقابض ذكر الحلواني أنه لا
رواية فيه واختلفوا فيه فعلى قول من لا يطيب ماذا يصنع بها قيل يرده على المعطي على وجه التمليك
ليعيد الإيتاء وقال أبو يوسف عليه الإعادة ولكن لا يسترد ما أداه لظهور خطائه بيقين وإمكان
الوقوف على هذه الأشياء وصار كالأواني والثياب فإن الأواني الطاهرة إذا اختلطت بالنجسة
فإن غلبت الطاهرة مثل أن يكون اثنان طاهران وواحد نجس فإنه لا يجوز أن يترك التحري فإذا
تحرى وتوضأ ثم ظهر الخطأ يعيد الوضوء وأما إذا غلبت النجاسة أو تساويا ولا يتحرى وأما الثياب
الطاهرة إذا اختلطت بالنجسة وليس ثمة علامة يعرف بها فإنه يتحرى مطلقا فإذا صلى بثوب منها بالتحري
ثم ظهر خطاؤه أعاد الصلاة وأما عدم استرداده فلأن فساد جهة الزكاة لا ينقض الأداء ولهما
حديث معن بن يزيد وهو ما روي أن يزيد دفع صدقته إلى رجل ليدفعها إلى ابنه معن فلما أصبح
رآها قال والله يا بني ما إياك أردت فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام
يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت وجوز ذلك ولم يستفسر أن الصدقة كانت فريضة أو
تطوعا وذلك يدل على أن الحال لا يختلف أو لأن مطلق الصدقة ينصرف إلى الفريضة وقوله
ولأن الوقوف على هذه الأشياء بالاجتهاد دليل يتضمن الجواب عن قوله وإمكان الوقوف على
هذه الأشياء سلمنا أن الوقوف على هذه الأشياء ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع وما كان كذلك
يبتنى الأمر فيه على ما يقع عنده كما إذا اشتبهت عليه القبلة فإذا دفع عنده أنه مصرف صح الأداء
لئلا يلزم تكليف ما ليس في الوسع وعن أبي حنيفة في غير الغني فيما إذا ظهر أنه هاشمي أو كافر أو أبوه
أو ابنه لا يجزيه والظاهر هو الأول يعني الإجزاء في الكل وهذا إلى عدم الإعادة إذا تحرى فظاهر
المسألة على أربعة أوجه إما أن يدفع زكاة ماله رجلا بلا شك ولا تحر أو شك في أمره فالأول يجزيه ما لم

يتبين انه غني لان الفقير في القائم اصل والثاني اما ان يتحرى او لا فان لم يتحر لم يجزه حتى يعلم انه فقير
لانه لما شك وجب عليه التحري كما في الصلوة فاذا ترك بعد ما لزمه لم يقع المؤدي موقع الجواز الا اذا ظهر
انه فقير لان الفقير هو المقصود وقد حصل بدونه كالسعي الى الجمعة وان تحرى ودفع فاما ان يكون في اكبر
رايه انه مصرف او ليس بمصرف فان كان الثاني لا يجزيه الا اذا ظهر انه فقير فاذا ظهر صح وهو الصحيح وزعم
بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز كما لو اشتبهت عليه القبلة فتحرى الى جهة ثم اعرض عن الجهة التي
ادى اليها اجتهاده وصلى الى جهة اخرى ثم تبين انه اصاب القبلة لزمه اعادة الصلوة عند ابي حنيفة
ومحمد والاصح فان الصلوة لغير القبلة مع العلم لا يكون طاعة فاذا كان عنده ان فعله معصية لا يمكن
اسقاطه عنه به واما التصدق على الغني فصحيح وليس فيه من معنى المعصية شيء ويمكن اسقاط الواجب عنه اصابة
محله لعفا فكان العمل بالتحري لحصول المقصود وقد حصل بغيره وان كان الاول فان ظهر انه فقير او لم
يظهر من حاله شيء جاز بالاتفاق وان ظهر انه غني فكذلك عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وهو قول
ابي يوسف اولا ثم قال يلزمه الاعادة كما ذكرنا وهو قول الشافعي رحمه الله وقوله وهو الركن اي
الملك هو الركن في الزكوة كما مر **قال** ولا يجوز دفع الزكوة • من ملك نصابا سواء كان
من النقود او السوائم او العروض وهو فاضل عن حوائجه الاصلية كالدين في النقود والاحتياج في
الاستعمال في اهم المعاني في غيرها لا يجوز ودفع الزكوة اليه وعن هذا ذكر في المبسوط رجل له الف درهم
وله دار وخادم وفرس وسلاح لغيره الانجاز فيها عشرة الاف درهم وهو فلا زكوة عليه لان الدين مصروف
الى المال الذي في يده لانه فاضل عن حاجته معد للتقلب والتصرف به فكان الدين مصروفا فاما الدار
والخادم والفرس والسلاح فمشغول بحاجته فلا يصرف الدين اليه وعلى هذا قال مشايخنا ان الفقيه اذا
ملك من الكتب ما يساوي مالا عظيما ولكنه محتاج اليها تحل له اخذ الصدقة الا ان يملك فضلا عن حاجته ما يساوي
مائتي درهم وقوله وانما الشرط الوجوب يعني ان الشرط في حرمة دفع الزكوة وحرمة الاخذ ملك النصاب الفاضل
عن الحوائج الاصلية ناميا كان او غير نام وانما الشرط وجوب الزكوة وجواز دفعها الى من يملك اقل
من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا وقال الشافعي لا يجوز دفعها الى الفقير المكتسب لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي ولنا انه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف
عليها لكونها خفية ولها دليل ظاهر وهو فقد النصاب فيقام مقامه كما في الاخبار عن المحبة فيما اذا قال
ان كنت تحبيني فانت طالق فقالت احبك وتأويل ما رواه حرمة الطلب الا ترى الى ما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقسم الصدقات فقام اليه رجلان يسألانه فنظر اليهما وراهما جلدين
فقال انه لا حق لكما فيه وان شئتما اعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال الا ترى انه جوز الاعطاء اياهما
وقوله ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا قيل معناه اذا لم يكن عيال ولا دين عليه فاما اذا
كان معيلا فلا باس بان يعطيه مقدار ما لو وزعه على عياله اصاب كل واحد منهم دون المائتين لان التصدق
عليه في المعنى تصدق عليه وعلى عياله وان كان عليه دين فلا باس بان يعطيه مائتين او اكثر مقدار ما اذا قضى
به دينه يبقى له دون المائتين وكذلك ذكر هذه المسئلة في المبسوط مقيدة بهذين القيدين فقال ويكره
ان يعطي رجلا من الزكوة مائتي درهم اذا لم يكن عليه دين او عيال وقال لا باس باعطاء المائتين ويكره
ان يعطيه فوق المائتين وقال زفر لا يجوز ان يعطيه المائتين ووجه قول ابي يوسف ان جزءا من المائتين
مستحق لحاجته للحال والباقي دون المائتين فلا يثبت له صفة الغنى الا ان يعطيه فوق المائتين ووجه
قول زفر ان الغنا قارن الاداء لان الاداء علة الغنى والحكم يقارن العلة كما في الاستطاعة مع الفعل
وهذا معروف عند علمائنا المحققين ذكره الامام فخر الاسلام وغيره في الاصول ولنا ما ذكر ان الغنا حكم

الاداء وحكم الشيء يعقبه واعترضوا عليه بان حكم العلة الحقيقية لا يجوز ان يتاخر عنها كما قال زفر فما وجه
هذا الكلام فمنهم من قال معنى قوله لان حكم الاداء الغنا حكم الاداء وذلك لان الاداء علة الملك والملك
علة الغنا فكان الغنا مضافا الى الاداء لكن بواسطة الملك فكان للعلة الاولى وهي الاداء شبهة السبب
والسبب الحقيقي هو الذي يتقدم على الحكم حقيقة وما كان يشبه السبب من العلل له شبهة التقدم فكان
هذا من قبيل شرى القريب للاعتاق فان الشرى علة للملك والملك في القريب علة العتق بالحديث فكان
العتق حكم حكم الشرى فلذلك جازت نية الكفارة عند الشرى لشبهة تقدم الشرى على العتق بوجود الوسطة
وليس في كلام المصنف ما يشعر به وقال فخر الاسلام الاداء يلاقي الفقير وانما يثبت الغنا بحكمه وحكم
الشيء لا يصلح ما نعا لان المانع ما يسبقه لا ما يلحقه والجواز لا يحتمل البطلان لان البقاء يستغني عن
الفقير وهذا يشير الى التأخر كما ترى والحكم لا يتأخر عن العلة الحقيقية واقول الحكم يعقب العلة
في الحالة العقلية ويقارنها في الوجود فبالنظر الى التأخر العقلي جاز وبالنظر الى التقارن الخارجي
يكره المراد بقوله القريب منه وقوله وان يغني به انسانا احب الي هذا خطاب ابي حنيفة لابي يوسف
رضي الله عنهما وانما صار هذا احب لان فيه صيانة المسلم عن ذل السؤال مع اداء الزكوة ولهذا قالوا
ان من اراد ان يتصدق بدرهم فاشترى به فلوسا ففرقها فقد قصر في امر الصدقة ومعناه الاغنا
عن السؤال في يومه لان تمليكه نصابا لان الاغنا مطلقا مكروه كما تقدم وينبغي ان يكون مراده اذا لم
يكن مديونا او معيلا بناء على ما تقدم وقوله ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد قال الامام ابو الحسن
القدوري يكره نقل الزكوة الى بلد اخر وهذا اذا لم ينقل الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل
بلده اما اذا نقل اليهم فانه يجوز بلا كراهة اما الجواز في الصورة الاولى فلان المصرف مطلق الفقراء
بالنص واما الكراهة فلحديث معاذ ولان في النقل ترك رعاية حق الجوار واما عدم الكراهة فيما اذا
نقل الى قرابته فلما فيه من اجر الصدقة واجر الصلة واما الى قوم هم احوج من اهل بلده فلان المقصود
سد خلة الفقير فمن كان احوج كان اولى وقد صح عن معاذ رضي الله انه كان يقول ايتوني بخميس او لبيس
اخذه منكم في الصدقة فانه ايسر عليكم وانفع للمهاجرين بالمدينة والخميس الثوب الصغير طوله خمسة
اذرع واللبيس الخلق وطولت بالفرق بين هذه المسئلة وبين صدقة الفطر في انه اعتبر ههنا مكان
المال وفي صدقة الفطر من تجب عليه في ظاهر الرواية واجيب بان وجوب الصدقة على المولى
في ذمته عن رأسه بحيث كان رأسه وجبت عليه وراس مماليكه في حقه كراسه في وجوب المؤنة التي
هي سبب الصدقة فتجب حيث ما كانت رؤسهم واما الزكوة فانما تجب في المال ولهذا اذا هلك
سقطت فاعتبر مكانه

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر
لها مناسبة بالزكوة والصوم اما بالزكوة فلانهما من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها عن الزكوة
واما الصوم فباعتبار الترتيب الوجودي فان شرطها الفطر وهو بعد الصوم قال صاحب النهاية
وانما رجح هذا الترتيب لما ان المقصود من الكلام هو المضاف لا المضاف اليه خصوصا اذا كان
مضافا الى شرطه والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله سميت بها لان بها يظهر صدق الرغبة
في تلك المثوبة كالصداق يظهر به صدق رغبة الرجل في المراة **قال** صدقة الفطر واجبة
الوجوب ههنا على معناه الاصطلاحي وهو ما يثبت بدليل فيه شبهة على ما ذكر في الكتاب وقوله فاضلا
عن مسكنه قال في النهاية لو كان له داران دار يسكنها واخرى لا يسكنها ويؤاجرها او لا يؤاجرها
يعتبر قيمتها في الغنى حتى لو كانت قيمتها مائتي درهم وجب عليه صدقة الفطر وقوله وعبيده يعني التي
للخدمة فان التي تكون للتجارة فيها الزكوة **وقوله** صغيرا او كبيرا صفتان لعبد ولا يجوز ان يكونا صفتين

حر وعبد لانه لا تجب صدقة الفطر عن ولده الكبير وفي الحديث بيان لوجوبها وسبب وجوبها وشرطها ومقدار
الواجب وبيان من تجب عنه وقوله رواه ثعلبة بن صعير العذري او صعير العذري قال الامام حميد
الدين الضرير العذري يعني بالعين والذال المعجمة اصح منسوب الى بني عذرة اسم قبيلة والعدوي منسوب
الى عدي وهو خطأ واهل الحديث ينقلونه كنية ابو صعير العذري وقوله لا صدقة الا عن ظهر
غنى اي صادرة عن غنى والظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وهو اي الحديث حجة على الشافعي في ايجابها
على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وسنده لا لما ذكر في اخر حديث ابن عمر رضي الله عنهما
غني او فقير لانه محمول اما على ما كان في الابتداء ثم انتسخ بقوله عليه السلام انما الصدقة ما كان عن
ظهر غنى واما على الندب لانه قال في اخره اما غنيكم فيزكيه الله واما فقيركم فيعطيه الله افضل مما اعطى
وقوله وقدر اليسار بالنصاب ظاهر وقوله ولا يشترط النمو يعني لا يشترط ان يكون النصاب ناميا
لانها وجبت بالقدرة الممكنة انما يشترط فيما يكون وجوبه بالقدرة الميسرة كالزكوة على ما عرف في الاصول
وقوله ويتعلق بهذا النصاب يشير الى وجوب نصب قيل هي ثلثة نصاب يشترط فيه النماء ويتعلق به
الزكوة وسائر الاحكام المتعلقة بالمال وقد تقدم بيانه ونصاب تجب به احكام اربعة حرمة الصدقة
ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب ولا يشترط فيه النماء لا بالتجارة ولا بالحول ونصاب
يثبت به حرمة السؤال وهو ما كان عنده قوت يومه عند بعض وقال بعضهم ان يملك خمسين درهما وقوله
يخرج ذلك اي المقدار المذكور عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه
وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعا من تمر او صاعا من شعير فعدل الناس به نصف
صاع من بر وقوله لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال زكوة الراس وهي اي الاضافة
امارة السببية لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوهه اضافة المسبب الى سببه لحدوثه به فان قيل لو كانت
الاضافة امارة السببية لكان الفطر سببا لاضافتها اليه يقال صدقة الفطر وليس كذلك عندكم
اجاب بقوله والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته فكانت اضافة مجازية ولهذا تتعدد الصدقة بتعدد
الراس مع اتحاد اليوم فعلم ان الراس هو السبب دون الوقت فان قيل قد يتكرر بتكرر الوقت في السنة
الثانية والثالثة ومثلها وهلم جرا مع اتحاد الراس ولو كان الراس هو السبب لما كان
الوجوب متكررا مع اتحاده اجيب بان الراس انما جعل سببا بوصف المؤنة وهي تتكرر بمضي الزمان فصار
الراس باعتبار تكرر وصفه كالمتجدد نفسه حكما فكان السبب هو المتكرر حكما **وقوله** والاصل في الوجوب
راسه ظاهر وقوله مماليكه بالحر يتناول العبيد والمدبرين وامهات الاولاد دون المكاتبين على ما سنذكره
وقوله فان كان لهم مال يعني لو ادى من مال الصغير ضمن ماله يؤدى من مالهم عند ابي حنيفة وابي
يوسف رضي الله عنهما وهو استحسان وقال محمد وهو قول زفر رحمهما الله وهو القياس لا يؤدى الا من نفسه
ولو ادى من مال الصغير ضمن لانها زكوة في الشريعة كزكوة المال فلا تجب على الصغير فلانها عبادة والصغير
ليس باهل لوجوبها وجه الاستحسان ان الشرع اجراه مجرى المؤنة حيث اوجب على الانسان عن غيره فاشبه
النفقة ونفقة الصغير في ماله اذا كان له مال وكما يؤدى عن الصغير من ماله فكذلك عن مماليك الصغير
والمجنون في ذلك بمنزلة الصغير **قال** ولا يؤدى عن زوجته ۝ قال الشافعي يجب على الزوج
ان يؤدى صدقة الفطر عن زوجته لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون وهو يمون زوجته ولنا ما ذكر
في الكتاب ووجهه انه صلى الله عليه وسلم ذكر المؤنة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل وليس عليه مؤنتها
كاملة لانه لا يمونها في غير الرواتب كالمداواة وكذلك لا بد من الولاية وليس له عليها الا في حقوق النكاح
ولا يؤدى عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله بان يكونوا فقراء زمنى لانه لا يثبت عليهم ولاية فصاروا

كالاجانب

كالاجانب وقوله ولو ادى عنهم ظاهر وهو استحسان والقياس ان لا يجزيء كما اذا ادى الزكوة بغير اذنها
وجه الاستحسان ان الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز ان تسقط باداء الغير والاذن ثابت
الاذن صريحا وفي العادة ان الزوج هو الذي يؤدى عنها فكان ثابتا عادة بخلاف الزكوة فانها
عبادة محضة لا يصح بدون الاذن صريحا ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية لانه لا يمونه ولا المكاتب
عن نفسه لفقره لانه مملوك مالا ومن كان كذلك ليس من اهل ملك المال وقد قررناه في التقرير
على وجه لم يسبق اليه فليطلب ثمة وفي المدبر وامهات الاولاد ولاية المولى ثابتة لانها لا تنعدم بالتدبير
والاستيلاد وانما تختل المالية ولا عبرة لها ههنا لانه يؤدى عن نفسه واولاده الصغار ولا مالية
فيهم ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى
فهما حقان ثابتان في محلين مختلفين فلا تنافي بينهما فجاز اجتماعهما وعندنا وجوبها على المولى بسبب العبد
كالزكوة فلو اوجبناها عليه ليؤدي الى الثني وهو لا يجوز لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا ثني في الصدقة
والثني مكسور مقصور اي لا يؤخذ في السنة مرتين فان قيل سبب الزكوة فيهم المالية وسبب الصدقة
مؤنة رؤسهم ومحل الزكوة بعض النصاب ومحل الصدقة الذمة فاذا هما حقان مختلفان سببا ومحلا فلا يؤدى
الى الثني لان الثني عبارة عن تثنية الشيء الواحد وهما شيئان فكانا كنفقة عبيد للتجارة مع الزكوة اجيب
بان الشرع بنى هذه الصدقة على المؤنة فقال ادوا عمن تمونون وهذا العبد يعد للتجارة لا للمؤنة والنفقة
التي تعتبر منهما فيهم لطلب الزيادة منهم فيكون ساقطا اعتبارها بحكم القصد الا ترى ان المضارب يملك هذا
الانفاق وهو غير ماذون الا للتجارة واذا سقطت المؤنة كما في مال التجارة اشبه السقوط حقيقة
ولو سقطت حقيقة بالاباق او الغصب او الكتابة سقطت الصدقة لعدم المؤنة فكذا هذا فعلم بهذا
ان سقوط صدقة الفطر ههنا لزوال سبب الوجوب وهو المؤنة لا للتنافي بين الواجبين وقوله والعبد
بين الشريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد وقد تقدم ان الولاية
والمؤنة الكاملتين سبب ولم يوجدا وقوله وكذا العبيد بين اثنين يعني لا تجب الصدقة عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص اي الكسور حتى لو كان بينهما خمسة اعبد يجب على كل واحد
منهما صدقة الفطر عن العبدين ولا يجب عن الخامس ابو حنيفة مر على اصله فانه لا يرى قسمة الرقيق جبرا
فلا يملك كل واحد منهما ما يتم عبدا ومحمد كذلك فانه يرى قسمة الرقيق جبرا او باعتبار القسمة يملك كل واحد
منهما في البعض متكاملا والحاق ابي يوسف بمحمد ههنا مخالف لما ذكر في المبسوط حيث قال فان كان
بينهما مماليك للخدمة فعلى قول ابي حنيفة لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنهم وعند محمد يجب على كل
واحد منهما الصدقة في حصته اذا كانت كاملة في نفسها ومذهب ابي يوسف مضطرب والاصح ان قوله
كقول ابي حنيفة ووجهه ان القسمة تنبني على الملك فاما وجوب الصدقة فتنبني على الولاية والمؤنة
على الملك حتى تجب الصدقة فيما لا ملك له فيه كالولد الصغير وليس لواحد منهما ولاية كاملة على شيء
من هذه الرؤس كما تقدم وجه قوله اذا كان كقول محمد هو ما ذكر في الكتاب وهما بالقياس وقيل هو بالاجماع
اي عدم وجوب الفطرة في العبيد بين اثنين بالاجماع على ما بينا الثلاثة لانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل
القسمة ولانه لا تركيب لكل واحد من الشريكين **وقوله** يؤدى المسلم الفطرة اي صدقة الفطر عن
عبده الكافر لاطلاق ما روينا من حديث ثعلبة في اول الباب وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل حر وعبد وقوله
صلى الله عليه السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي ولان
السبب قد تحقق وهو راس يمونه بولايته عليه والمولى من اهله اي من اهل الوجوب لا يقال انما قيل الذكر
لان السهم قائمة مقام الذكر ونحوه بخلاف الشافعي لان الوجوب يقع على العبد وهو ليس من اهله هو يتبدل

لاثبات هذا الاصل لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر على الحر والعبد فان كلمة على للايجاب ولنا قوله عليه السلام ادوا عمن تمونون فانما الوجوب على من خوطب بالاداء وهو المولى وكلمة على في حديث ابن عمر رضي الله عنهما بمعنى عن كما في قوله تعالى اذا اكتالوا على الناس يستوفون اي عن الناس ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق اما عندنا فظاهر لان المولى ليس باهل للوجوب عليه ولا للاداء واما عنده فلان تحمل المولى عن مملوكه يستدعي اهلية اداء العبادة والكافر ليس باهل له والوجوب والوجوب عنده باعتبار تحمل المولى الاداء عنه فاذا انعدم ذلك في حق المملوك لم يجب اصلا ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له حتى اذا تم البيع فعلى المشتري وان انتقض فعلى البائع وقوله معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق قال الامام حميد الدين الضرير رحمه الله في شرحه هذا من قبيل اطلاق اسم الكل وارادة البعض لان مضي كل يوم الفطر ليس بشرط وقال زفر على من له الخيار لان سبب الصدقة الولاية الكاملة والولاية لمن له الخيار لانه ان اجازه تم وان لم يجز انفسخ وقال الشافعي على من له الملك وهو المشتري فان مذهبه ان خيار الشرط لا يمنع ثبوت الملك للمشتري كخيار العيب كذا في النهاية لانه اي لان الصدقة الفطر بمعنى التصدق من وظائف الملك وما هو كذلك فانه على المالك كالنفقة فالتقى مدة الخيار على المالك ولنا ان الملك موقوف يعني سلمنا انها وظيفة الملك لكن الملك موقوف لانه لو رد لعاد الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد وكل ما كان موقوفا فالمبني عليه كذلك لان التردد في الاصل يستلزم التردد في الفرع بخلاف النفقة فانها وان كانت تبتني على الملك لكنها تثبت للحاجة الناجزة اي الواقعة في الحال فلا تقبل التوقف وهذا الجواب بطريق التنزل لا بحسب الواقع فانها لو كانت وظيفة الملك لما وجبت عليه عن نفسه واولاده الصغار وزكوة التجارة على هذا الخلاف يعني اذا كان لرجل عبد للتجارة فباعه بعروض التجارة على انه بالخيار فحال الحول والخيار باق فزكاته على من يصير له الملك او على من له الخيار او على من له الملك لان العروض بدل العبد وحولان الحول على البدل كحولانه على المبدل كذا نقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله وقيل صورته لاحدهما عشرون دينارا وللاخر عرض يساويه في القيمة وملكا حولهما على السواء ففي اخر الحول باع صاحب العروض عرضه من الاخر بشرط الخيار له او للمشتري فازداد قيمة العرض في مدة الخيار قبل تمام الحول ثم تم الحول فان تقرر الملك للبائع يجب عليه حصة الزيادة شيء وان تقرر للمشتري يجب عليه ذلك ايضا عندنا

فصل في مقدار الواجب ووقته

لما ذكر وجوب صدقة الفطر وشروطه ومن يجب عليه ومن يجب عنه شرع في بيان ما يؤدى به صدقة الفطر فقال كما نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد مر وكلامه واضح وقوله لحديث ابي سعيد الخدري روي عن عمرو ان ابن الحكم انه كتب الى ابي سعيد الخدري يسأله عن صدقة الفطر فقال كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من الطعام او صاعا من التمر او صاعا من شعير ولنا ما روينا يعني في اول الباب من حديث ثعلبة بن صعير وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم قال ابو الحسن الكرخي رضي الله عنه لم ينقل عن احد منهم انه لم يجوز اداء نصف صاع من بر وما رواه محمول على الزيادة تطوعا **وقوله** ولهما في الزبيب انه اي الزبيب متقاربان في المقصود وهو التفكه والاحلاء فانه يشبه التمر من حيث انه حلو ماكول وكله عجم كما للتمر نواة **وقوله** ومراده اي مراد محمد وصاحب القدوري من قوله او دقيق او سويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكعينه والاولى ان يراعى فيهما اي في الدقيق والسويق القدر والقيمة احتياطا حتى اذا كانا منصوصا عليهما باديا باعتبار القدر وان لم يكونا فباعتبار القيمة وتفسيره ان يؤدي نصف صاع من دقيق البر يبلغ قيمته قيمة

نصف صاع

واما لو ادى منا ونصف من دقيق البر ولكن يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من تمر م

نصف صاع من بر او نصف صاع من دقيق البر ولكن لا يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر لا يكون عاملا بالاحتياط وقوله وان نص على الدقيق في بعض الاخبار يريد به ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ادوا قبل خروجكم زكوة فطركم فان على كل مسلم مدين من قمح او دقيقه وقوله وان لم يبين ذلك في الكتاب اي مراعاة الاحتياط فيهما بالقدر والقيمة لم يبين محمد في الجامع الصغير اعتبارا للغالب فان الغالب ان قيمة نصف صاع من الدقيق تساوي نصف صاع من بر او تزيد وان كان يتوهم ان لا يكون كذلك في بعض الاوقات وهو وقت البذر فلذلك امر بالاحتياط حتى ان دفع بدلا من الدقيق الى ان يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من البر والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح خلافا لبعض المتاخرين فانهم قالوا يجوز باعتبار العين فانه اذا ادى منوين من خبز الحنطة جاز لانه لما جاز الدقيق والسويق باعتبار العين فالخبز اولى لانه انفع للفقير والصحيح هو الاول لانه لم يرد في الخبز نص فكان بمنزلة الذرة والاصل ان ما هو منصوص عليه لا يعتبر فيه القيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر يبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر او اكثر لم يجز لان في اعتبار القيمة ابطال التقدير المنصوص عليه في المؤدى وهو لا يجوز فاما ما ليس بمنصوص عليه فانه يلحق بالمنصوص باعتبار القيمة اذ ليس فيه ابطال ذلك ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما لان العلماء لما اختلفوا في مقدار الصاع انه ثمانية ارطال او خمسة ارطال وثلث رطل فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن وذلك دليل على اعتبار الوزن فيه وروى ابن رستم عن محمد كيلا قال قلت له لو وزن الرجل منوين من الحنطة واعطاها الفقير هل يجوز من صدقته فقال لا فقد يكون الحنطة ثقيلة في الوزن وقد تكون خفيفة فانما يعتبر نصف الصاع كيلا لان الاثار جاءت في التقدير بالصاع وهو اسم للمكيال **وقوله** والدقيق اولى من البر والاصح **قال** والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية ارطال بالعراقي • اختلف العلماء في الصاع فقال ابو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما هو ما يسع فيه ثمانية ارطال بالرطل العراقي كل رطل عشرون استارا والاستار ستة دراهم وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم صاعنا اصغر الصيعان وهذا اصغر بالنسبة الى ثمانية ارطال ولنا ما روى انس وجابر رضي الله عنهما انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وكان قد فقد فاخرجه الحجاج وكان يمن على اهل العراق يقول في خطبته يا اهل العراق يا اهل الشقاق والنفاق ومساوي الاخلاق الم اخرج لكم صاع عمر ولذلك سمي حجاجيا وهو صاع العراق وقوله وهو اصغر الصيعان جواب عن ابي يوسف يعني ان الصاع ما ذكرتم فهو ليس بحجة لانه اصغر من الهاشمي اثنان وثلثون رطلا وكانوا يستعملون الهاشمي والنبي عليه السلام استعمل العراقي وقال صاعنا اصغر الصيعان وقوله ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم يعني تعلق وجوب الاداء بالشرط هو من تعلق المشروط بالشرط لا من تعلق الحكم بالسبب حتى اذا قال لعبده اذا جاء يوم الفطر فانت حر فجاء يوم الفطر عتق العبد ويجب على المولى صدقة فطره قبل العتق بلا فصل لان المشروط يعقب الشرط في الوجود وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر يجب عليه الفطرة عندنا وعنده لا يجب وقوله وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده اي عندنا لا يجب لعدم تحقق شرط وجوب الاداء وهو طلوع الفجر من يوم الفطر وعنده يجب لتحقق شرط وجوبه وهو غروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان وهو حجة له انه اي وجوب الفطرة يختص لما روي ان ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر من رمضان وهذا وقته اي وقت الفطر ولنا ان الصدقة اضيفت الى الفطر والاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل اذ المراد فطر يضاد الصوم وهو في اليوم لان الصوم فيه حرام الا ترى ان الفطر كان يوجد في كل يوم وليلة من رمضان ولا يتعلق الوجوب به فدل على ان المراد فطر يضاد الصوم وقوله وليس كما هو وقوله هو الصحيح احترازا

عن قول الحسن بن زياد وخلف بن ايوب ونوح بن ابي مريم فان الحسن بن زياد يقول لا يجوز تعجيلها اصلا كالاضحية وقال خلف بن ايوب يجوز تعجيلها بعد دخول شهر رمضان لا قبله فانها صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وقال نوح بن ابي مريم يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان لان بمضي النصف قرب الكل الفطر الحاصل فاخذ حكمه ومنهم من قال في العشر الاخير من رمضان ووجه القصة ما ذكره في الكتاب بقوله لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة وعن هذا قال في الخلاصة لو ادى عن عشر سنين او اكثر جاز وقوله وان اخروها عن يوم الفطر لم يسقط يعني وان طالت المدة وكان عليهم اخراجها وقال الحسن يسقط بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت بيوم العيد فكانت كالاضحية تسقط بمضي ايام النحر ولنا ما ذكره ان وجه القربة فيها معقول لانها صدقة مالية وقربة معنوية في كل الوقت لدفع حاجة الفقير او للاغناء عن المسألة فلا يتقدر وقت الاداء فيها بل يجوز ان يتعدى الى غيره فلا يسقط بعد الوجوب الا بالاداء كالزكوة بخلاف الاضحية فان القربة فيها اراقة الدم وهي لم تعقل قربة ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص ه والله اعلم

كتاب الصوم

ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير كتاب الصوم عقيب كتاب الصلوة لان كلا منهما عبادة بدنية بخلاف الزكوة واخر عن الزكوة ههنا لانه كالوسيلة الى الصلوة باعتبار ارتياض النفس ولكن لا على وجه يتوقف امر الصلوة عليه وجوبا او جوازا كما كانت الطهارة كذلك فاخرهما لانحطاط رتبة الوسيلة عن المقصود وقيل قدم الزكوة على الصوم لان الله تعالى قرن ذكر الزكوة بالصلوة في قوله تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكوة فكان الاقتداء بالكتاب اولى واسهل مأخذا ويحتاج ههنا الى معرفة تفسير الصوم لغة وشريعة ومعرفة سببه وشرطه وركنه وحكمه وفي كلامه اشارة الى اكثرها والفطن يكتفي بذلك **قال** الصوم ضربان واجب ونفل ذكر التقسيم قبل التعريف ليسهل امر التعريف كذا في النهاية ومعناه ان حقيقة الصوم شرعا تنقسم الى فرض وواجب ونفل وتعريفهما على وجه يشملهما عسر فاذا كان اقسامها تميزهما امر التعريف وكلامه واضح غير انه اطلق الواجب في لفظ المختصر واريد به الفرض والواجب وفي ذلك المعروف على ما ههنا ويمكن ان يقال اراد بالواجب الثابت علينا فيتناول الفرض والمنذور وقوله ولهذا يكفر جاحده بضم اليا وفتح الفا بالتشديد ومعناه يحكم بكفر جاحده ومنه لا يكفر اهل قبلتك اي لا ندعوهم كفارا **وقوله** والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم بناء على ان الامر للوجوب وكان الواجب ان يكون فرضا لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان واجيب بانه قد خص من الاية بالاتفاق المنذور الذي ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المريض او ما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء لكل صلوة والنذر بالمعصية فلما خص هذه المواضع بقي الباقي في حقه مجوزا لا موجبة قطعا كالاية المأولة وخبر الواحد وفيه نظر لان من شرط [illegible] للتخصيص [illegible] معلوم [illegible] معرفة كونه قضاء اولا ولا قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه بعد منه الحايض والصبيان واصحاب الاعذار [illegible] في الجواب عن الاول ان الامر [illegible] بالسبب [illegible] رمضان يكون الثابت به [illegible] الثاني ان الشارع يكون [illegible] السبب الموجب وهذا المعنى في الجواب من الثاني [illegible] على عدم وجوبه على الحايض والصبيان واصحاب الاعذار [illegible] الفرض الشهر [illegible] الله والاجماع فلهذا المثبتة لما تقدم [illegible] وكل يوم سبب وجوب صوم ذلك اليوم لان صوم رمضان بمنزلة عبادات متفرقة [illegible] زمان لا يصلح للصوم وهو الليالي فصار كالصلوات وهذا اختيار صاحب الاسرار وفخر الاسلام

المحرر وغيره

وقال

وقال شمس الائمة السرخسي الليالي والايام في التبيية سواء وقد عرف ذلك في الاصول وقوله وسبب الا ان المنذور المعين هو النذر وقوله والنية من شرطه اي من شرط الصوم بانواعه وسنبينه اي سنبين شرط الصوم وتفسيره اي تفسير ذلك الشرط واراد ببيان النية ما ذكر بعد هذا عند قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة والمقترنة باكثره واراد ببيان تفسيره ما ذكره بقوله والنية لتعيينه لله تعالى لان النية عبارة عن تعيين بعض المحتملات فكان ما ذكره تفسيرا للنية كذا في بعض الشروح وقوله وجه قوله في الخلافية اي في المسألة الخلافية وهي ان النية قبل الزوال لا تجزيه عندنا خلافا للشافعي قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل والصيام مصدر كالقيام **وقوله** ولانه لما فسد الجزء الاول ظاهر وقوله لانه متجز عنده ذكر في الوجيز للغزالي تجوز نية التطوع قبل الزوال وبعده قولان وهذا بشرط خلو اول اليوم عن الاكل وروي ان ابن سريج من اصحابه لم يشترط ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم بعدما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم وهذا لا يقبل التاويل وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل يعني ان معنى قوله لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل لا صيام لمن لم ينو ان صيامه من الليل بل نوى ان صيامه من وقت النية قبل الصلاة اذ الحقيقة فعلا ومفعولا وامكن تعلقها بكل واحد منهما فانما تعلق بالفعل دون المفعول كما يقال ابتت فلانا من بغداد فان كلمة من تعلقت بالاتيان لا بالمفعول لكذلك ههنا واجيب بانه كذلك لكنه يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه عملا بالنصوص قيل قوله فليصم يحتمل الصوم اللغوي فيحمل عليه عملا بالنصوص واجيب بانه لا يحمل ذلك ههنا لانه لو كان كذلك فكان الاكل وعدمه سواء فلا فائدة في قوله ومن لم ياكل فليصم وقوله ولانه دليل معقول ويجوز تقريره على هذا الوجه سلمنا ان ما رواه لم يحمل على نفي ما ذكرنا فيكون معارضا لما رويناه فيصار الى ما بعدهما من الحجة وهو القياس وهو معنى لانه يوم صوم لان الصوم فيه فرض وكل ما هو يوم يتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا اي توقف الامساك على ما ذكرنا لان للصوم ركن واحد ممتد يحتمل العادة والعبادة وكل ما هو كذلك يحتاج الى ما يعينه للعبادة وهو النية فاشترطت لتعيينه لله تعالى فان وجدت من اوله فلا كلام وان وجدت في اكثره جعلت كانها وجدت من اوله لان بالكثرة يترجح جانب الوجود على العدم فان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من المواضع لذلك واذا كان كذلك لم يكن اقتران النية بحال الشروع شرطا بخلاف الصلوة والحج حيث يشترط اقتران النية بحال الشروع فيهما ولا يجعل الاكثر كالكل لان لهما اركانا مختلفة كالركوع والسجود والوقوف والطواف فيشترط قرانها بالعقد على اداها لئلا يخلو بعض الاركان عن النية قوله بخلاف القضاء جواب عما يقال لو كان الصوم ركنا واحدا ممتدا والنية المتاخرة فيه جائزة لذلك لم يكن في القضاء اشتراط النية ووجهه انما كان لذلك لانه اي الامساك توقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل والمعنى بصوم اليوم ما تعلقت شرعيته بمجيء اليوم لا بسبب اخر من نحو القضاء والكفارة فيكون الصوم قد وقع عنه فلا يمكن جعله من القضاء الا قبل ان يقع منه وذلك انما يكون بنيته من الليل وقوله وعلى ما قبل الزوال جواب عما يقال اذا كان ركنا واحدا ممتدا ينبغي ان يكون اقترانها بالقليل والكثير سواء ووجهه ان الاصل ان يكون النية مقارنة لحال الشروع ولكن تركنا ذلك اذا قامت الاكثر لقيامه مقام الكل ولم يوجد فيما بعد الزوال فترجحت جهة الفوات **وقوله** ثم قال في المختصر اي مختصر القدوري اذا لم ينو حتى اصبح اجزاه النية ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح ووجهه ما ذكره في الكتاب وقوله ولا فرق بين المسافر والمقيم يعني في جواز النية قبل نصف النهار خلافا لزفر فانه يقول امساك المسافر في اول النهار لم يكن مستحقا لصوم الفرض فلا يتوقف على وجود النية بخلاف امساك المقيم ولنا ان المعنى الذي لاجله جوز في حق المقيم اقامة النية في اكثر وقت الاداء مقامها في جميع الوقت لم يفصل

بين المسافر والمقيم قال وهذا الضرب من الصوم ۞ اراد بهذا الضرب ما يتعلق بزمان بعينه
على ما ذكرنا في اول الكتاب قوله يتأدى بمطلق النية اي بان يقول نويت الصوم وبنية النفل ظاهر وبنية واجب
آخر بان ينوي عن كفارة او غيرها قيل وهذا في صوم رمضان مستقيم فاما في النذر المعين فلا لانه يقع عما
نوى من الواجب اذا كانت النية من الليل ذكره في اصول شمس الائمة وغيره وجه قوله المصنف هذا الضرب
لا يبقى على اطلاقه واجاب شيخي العلامة عبد العزيز بانه يمكن ان يقال موجب كلام المصنف ان يتأدى المجموع
بالمجموع والبعض بالبعض والبعض بالمجموع لا ان كل فرد يتأدى بالمجموع فيظهر للكلام وجه صحة وقال الشافعي
في نية النفل عابث اي لا يكون صائما لا فرضا ولا نفلا وفي مطلقها له قولان في قول يقع عن فرض الوقت وفي قول
لا يقع عنه وقوله لانه بنية النفل دليل على النفل اي انه بنية النفل معرض عن الفرض لما بينهما من المغايرة فصار
كاعراضه بترك النية فلا يكون له الفرض ومن هذا يظهر وجه احد قوليه في مطلق النية لانه لم يصر معرضا
بهذه النية عنه ووجه القول الآخر صفة الفرضية فرع كاصل الصوم فكما لا يتأدى اصل الصوم الا بالنية فكذلك
الصفة واذا انعدمت الصفة بعدم الصوم ضرورة ولنا ان الفرض متعين فيه لقوله عليه السلام اذا انسلخ
شعبان فلا صوم الا رمضان وكل ما هو متعين في مكان يصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب
باسم جنسه بان يقال له يا حيوان كما يقال باسم نوعه بان يقال يا انسان وباسم علمه بان يقال يا زيد لا يقال
المتوحد في المكان انما يقال باسم جنسه اذا كان موجودا وفيما نحن فيه انما يوجد بتحصيله فلينبغي ان لا ينال باسم
جنسه لانه لكونه معدوما لم يمتنع ان ينال باسم نوعه بان ينوي الصوم المشروع في الوقت لا يمتنع ان ينال
باسم جنسه دفعا للتحكم فان قيل ما ذكرتم يقتضي الاصابة بمطلق النية دون نية النفل او واجب آخر لان
المتوحد ينال باسم جنسه لا باسم غيره فان زيدا لا ينال باسم عمرو واجاب بقوله فاذا نوى النفل او واجبا فقد آخر
نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة لان الوقت لا يقبلها فبقي له اصل الصوم اذ ليس من ضرورة بطلان
الوصف اذ لم يكن فصلا منوعا بطلان الاصل واصل الصوم جنسه وذلك كاف وموضعه اصول الفقه وقد
قررناه في الانوار والتقرير ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا صام
المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال اذ القضاء لازم للحال فهو مؤاخذ
به وتخييره في صوم رمضان لانه لا يلزمه ما لم يدرك عدة من ايام اخر حتى اذا مات قبل الادراك ليس عليه شيء
وهذا الذي اختاره المصنف من التسوية بين المسافر والمريض مخالف لما ذكره العلامة في التحقيق فخر الاسلام
وشمس الائمة فانهما قالا اذا نوى المريض عن واجب آخر فالصحيح انه يقع صومه عن رمضان لان اباحة الفطر له
عند العجز عن اداء الصوم واما عند القدرة فهو والصحيح المقيم سواء بخلاف المسافر فان الرخصة في حقه
تتعلق بعجز مقدر بقيام السفر مقامه وهو موجود وقال صاحب الايضاح وكان بعض اصحابنا يفصل بين المسافر والمريض
وانه ليس بصحيح والصحيح انهما يستويان وهو قول الكرخي اختاره المصنف وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة في نية التطوع
من المسافر روايتان في رواية ابن سماعة يقع عن الفرض لما ذكر في الكتاب انه ما صرف الوقت الى الاهم وهو
اسقاط واجب عليه وانما قصد تحصيل الثواب وهو في الفرض اكثر وفي رواية الحسن يقع عما نوى من النفل لان رمضان
في حقه كشعبان في حق المقيم وبالنية في شعبان يقع عما نوى نفلا كان او واجبا فكذلك هذا والمريض اذا نوى عن
النفل فان صومه يقع عن الفرض وهو الظاهر وقال الناطفي فيه التسوية بين المريض والمسافر على رواية نوادر
ابي يوسف يوجب ان يكون في المريض جائزا عن التطوع قال والضرب الثاني ما ثبت بالذمة
المراد من الثبوت في الذمة كونه مستحقا فيها من غير اتصال له بالوقت قبل العزم على صرف ماله الى ما عليه كقضاء
رمضان وصوم كفارة اليمين والقتل والظهار وجزاء الصيد والحلق والمتعة وكفارة رمضان وكذلك النذر

المطلق

المطلق فاذا كان كذلك لا يجوز الا بنية من الليل لكونه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء وقوله والنفل
كله يجوز بنية قبل الزوال اي قبل الزوال وقيل انتصاف النهار سواء كان مسافرا او مقيما خلافا لمالك فانه تمسك
باطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان
يصبح غير صائم اني اذا لصائم عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على نسائه
ويقول هل عندكن من غداء فان قلن لا قال اني اذا لصائم وقوله ولان المشروع ظاهر وقوله على ما
ذكرنا اشارة الى قوله ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل
وقوله ولو نوى بعد الزوال لا يجزيه لما تقدم وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين
من شعبان لان الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا واشار باصابعه
وخنس ابهامه في الثالثة فان رأوه صاموا كلامه واضح وقوله ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا
يوم الشك هو اليوم الذي يحتمل ان يكون آخر شعبان او اول رمضان لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك
فيه انه من رمضان الا تطوعا وقوله وهذه المسألة على وجوه ذكرها المصنف خمسة ووجه الحصر ان من صام يوم الشك
فاما ان يقطع بالنية او يتردد فيها فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون فيما عليه اولا فان كان فيما عليه فاما ان يكون
في الوقتي او في غيره فالوقتي هو الوجه الاول وغيره هو الثاني وان كان في غير ما عليه فهو الثالث وان كان الثاني
فاما ان يكون التردد في اصل النية او في وصفها فالاول الرابع والثاني الخامس وهذا اذا لم يفرق بين ما لو
بدأ او ابتدأ في التطوع والواجب الآخر واما اذا فرق فالوجوه ستة كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه و
ذكر الوجهين لكن لم يجعلهما وجهين مستقلين فالاول ان ينوي رمضان وهو مكروه لما رويناه من قوله عليه
السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا لا يقال لا يصام صيغة نفي وهو يقتضي عدم الجواز
لانه بمعنى النهي لتحققه حسا وهو يقتضي المشروعية على ما عرف ولانه تشبه باهل الكتاب يعني فيما زيد وذلك يوجب
الكراهة كما تقدم وقوله ثم ان ظهر ظاهر وقوله لانه في معنى المظنون لم يقل لانه مظنون لان حقيقة
المظنون ان يثبت له الظن بعد وجوده بيقين والحال انه قد اداه فشرع فيه على ظن انه لم يؤده ثم علم انه اداه واما
ههنا فلم يثبت وجوبه بيقين فلم يكن مظنونا حقيقة الا انه في كل واحد منهما لما شرع مسقطا للواجب عنه لا ملزما
كان كل منهما في معنى الآخر والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا من قوله عليه السلام لا
الحديث الا ان هذا دون الاول في الكراهة لعدم استلزامه التشبه باهل الكتاب وقوله ثم ان ظهر ظاهر
وقوله لانه منهي عنه فيكون ناقصا وما في ذمته كامل فلا يتأدى الكامل بالناقص كما لو صام يوم العيد عن واجب
آخر وقوله لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان اي حديث ابي هريرة رضي الله عنه لا تقدموا على رمضان بصوم
يوم ولا بصوم يومين انما هو بصوم رمضان لما سبق ذكره وهو لا يوجد بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه
وهو ترك اجابة دعوة الله يلازم كل صوم فان قيل يعني هذا كان الواجب ان لا يكون صوم واجب آخر مكروها
اجاب بقوله والكراهة هنا لصورة النهي فالدليل في ما ذكره لا يخلو الا ان اثبات الكراهة لنا ولعموم نهي حديث آخر وهو قوله
عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان وقال غيره من الشارحين لصورة النهي لا بحقيقة النهي
لان النهي ورد في التقدم بصوم رمضان الا انه لما كان مثل صوم رمضان في الفرضية اثبتنا فيه نوع كراهة
والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا من قوله عليه السلام الا تطوعا وهو باطلاقه حجة على
الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء بان لا يكون موافقا لصوم كان يصومه في ذلك اليوم واستدل على ذلك
بقوله عليه السلام لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الا ان يكون صوما يصومه رجل فليصم ذلك
الصوم وهذا نص على الجواز واجاب المصنف بقوله والمراد بقوله عليه السلام لا تقدموا رمضان بصوم يوم
ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه وفي ذلك تقرير الحكم على السبب وهو باطل

والدليل على ذلك أن ما قبل الشهر وقت التطوع لا الشهر فلا يتصور التقدم بالتطوع فإن قيل صوم رمضان هو ما يقع
فيه فكيف يتصور التقدم فيه أجيب بأن معناه أن ينوي الفرض قبل الشهر وهذا كما يقال مثلاً تقدم صلاة الظهر على
وقته فإن معناه نواها قبل خروج وقتها فإن قيل فما فائدة قوله عليه السلام يوم أو يومين وحكم الأكثر من ذلك
كذلك أجيب بأن يوماً أو يومين ما وصل إلى حد الكثرة فيجوز أن يتوهم بأن القليل معفو فيجوز كما في كثير من الأحكام
فنفى ذلك وقوله إلا أن يوافق صوماً ظاهر **وقوله** وإن أفرده يعني لم يوافق صوماً يصومه قال محمد بن سلمة الفطر
أفضل احترازاً عن ظاهر النهي وقال نصير بن يحيى الصوم أفضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما فإنهما كانا يصومانه
ويقولان لأن نصوم يوماً من شعبان أحب إلينا أن نفطر يوماً من رمضان والمختار أن يصوم المفتي بنفسه احتياطاً
عن وقوع الفطر في رمضان ويفتي العامة بالتلوم أي الانتظار إلى وقت الزوال ثم بالإفطار نفياً للتهمة أي تهمة
الروافض ذكر في الفوائد الظهيرية لا خلاف بين أهل السنة والجماعة أنه لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من
رمضان وقالت الروافض يجب أن يصام يوم الشك عن رمضان وقيل معناه لو أفتى للعامة بأداء النفل فيه عسى
أن يقع عندهم أنه خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث نهى عن صوم يوم الشك وهو الظاهر فيتهمونه بالإفطار بعد التلوم
نفياً لهذه التهمة والرابع أن يضجع في أصل النية التضجيع في النية التردد فيها وكلامه ظاهر والخامس أن يضجع في
وصف النية وقوله بين أمرين مكروهين وهما صوم رمضان وواجب آخر في هذا اليوم إلا أن كراهة أحدهما وهو
نية صوم رمضان أشد من الآخر **وقوله** ثم ظاهر وقوله المتردد فيه مسقطاً يعني لا علم له لأن الكلام
فيما إذا نوى عن واجب آخر على تقدير وعن فرض رمضان على تقدير فكان مسقطاً للواجب عن ذمته وكذا قوله وإن نوى
عن رمضان ظاهر وقوله لما مر إشارة إلى قوله لعدم التردد في أصل النية وقوله ومن رأى هلال رمضان وحده
ظاهر وهل يقبلها أو لا لم يذكر فإن كانت السماء مصحية وهو من المصر لم يقبل الإمام شهادته لأنه اجتمع ما يوجب القبول
وهو العقل والعدالة والإسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر فيرجح جانب الرد وهو مخالفة الظاهر لأن النظر
من كل وجه جائز لعذر كما في المريض والمسافر وصوم رمضان قبل رمضان لا يجوز لعذر من الأعذار فكان المصير إلى ما
يجوز لعذر أولى وقد قيل قوله وقد قيل قوله وإن السماء مصحية وهو من المصر لا يقبل إذا كانت متغيمة أو جاء من خارج المصر تقبل
شهادته على ما نذكر ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فأما تعلق القضاء بردها شرعاً كما في
شهادة الفاسق وهي ههنا ممكنة لأنه لما ساوى غيره في النظر ظاهراً والمنظور وحدة البصر ودقة المرئي وبعد المسافة
فالظاهر عدم اختصاصه بالرؤية من بين سائر الناس ويكون ما لطافته أورثت شبهة عدم الرؤية وهذه الكفارات
تندرئ بالشبهات لأن جهة العقوبة فيها راجحة ولهذا يجري فيها التداخل ولا تجب على المعذور والخاطئ على ما عرف
في الأصول ولو أفطر قبل أن رد الإمام شهادته اختلف المشايخ فيه أي في وجوب الكفارة فمن نظر إلى الموجب للشبهة وهو
المذكور في الكتاب رد القاضي شهادته قال بوجوب الكفارة قبل الرد لانتفاء ما يورثها وتحقق الرمضانية لنفسه
بالرؤية ومن نظر إلى أن يوم الصوم يوم يصوم الناس فيه لقوله صلى الله عليه وسلم صومكم يوم تصومون الحديث
وليس ما نحن فيه من اليوم يوم تصوم الناس فيه لأنه لا يلزمهم صوم هذا اليوم لا أداء ولا قضاء فكان يوم الفطر في
حق الناس كافة لعدم التجزي وهذا يقتضي أن لا يجب الصوم ولكن لما لم يكن يوم فطر في حقه حقيقة وعارضه نص آخر
وهو قوله عليه السلام صوموا لرؤيته أورث شبهة الإباحة فيما يندرئ بالشبهات قال بعدم وجوبها ولو أكمل
هذا الرجل ثلاثين يوماً لم يفطر إلا مع الإمام لأن الوجوب عليه للاحتياط لجواز وقوع الغلط كما روي أن عمر رضي
الله عنه خرج في الناس يتفقدون الهلال فقال واحد الهلال يا أمير المؤمنين فأمر عمر رضي الله عنه أن يمسح حاجبه
بالماء ثم قال له أين الهلال قال فقدته فقال عمر رحمه الله لعل شعرة من شعرات حاجبك قامت فحسبتها هلالاً
والاحتياط بعد ذلك في تأخير الإفطار ولو أفطر يعني بعد الثلاثين لا كفارة عليه اعتباراً للحقيقة التي عنده وعملاً بقوله
عليه السلام وفطركم يوم تفطرون **قال** وإذا كان بالسماء علة قبل الإمام شهادة الواحد العدل في

رؤية الهلال كلامه ظاهر وإنما قال غير مقبول ولم يقل مردود لأن حكمه التوقف قال الله تعالى إن جاءكم
فاسق بنبأ فتبينوا وقوله في إطلاق جواب الكتاب يعني العدل وغيره ومن قوله قبل الإمام شهادة الواحد العدل
يدخل المحدود في القذف بعد التوبة وهو ظاهر الرواية لأنه خبر أي ليس بشهادة ولهذا لم يختص بلفظ الشهادة
وعن أبي حنيفة أنها لا تقبل لأنها شهادة من وجه من حيث أن وجوب العمل به إنما كان بعد قضاء القاضي ومن حيث
اختصاصه بمجلس القاضي ومن حيث اشتراط العدالة وكان الشافعي في أحد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكره
يعني قوله لأنه أمر ديني وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في هلال رمضان قال ابن عباس رضي الله
عنهما جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني رأيت الهلال يعني هلال رمضان فقال أتشهد أن لا إله إلا
الله قال نعم قال أتشهد أن محمداً رسول الله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس ليصوموا غداً وفيه دليل على قبول
خبر الواحد كما ترى وقوله وصاموا ثلاثين يوماً يعني ولم يروا الهلال لا يفطرون وهو مبني على ما روي عن محمد ما تقدم
أن الفطر قد يثبت ضمناً وإن لم يثبت ابتداء كبيع الطريق والشرب وقوله كاستحقاق الإرث بناء على النسب إنما يصح
على قولهما دون قول أبي حنيفة رضي الله عنهم **وقوله** وإذا لم تكن بالسماء علة ظاهر وقوله ولا فرق بين أهل
المصر وغيره أي لا فرق في عدم القبول إذا لم تكن علة في السماء بين أهل المصر ومن ورد من خارج وذكر الطحاوي
أنه تقبل شهادة الواحد إذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع وإليه أشار إلى ما ذكره الطحاوي في كتاب الاستحسان
ولفظه فإن كان الذي شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته ووجه الإشارة أن التقييد في الرواية
بذلك يقتضي نفي ما عداه فكان تخصيصه بالمصر ونفي العلة في عدم قبول الشهادة دليلاً على قبولها إذا كان الشاهد خارج المصر
وكانت السماء علة وكذا إذا كان في مكان مرتفع في المصر تقبل وقوله ومن رأى هلال الفطر واضح وكذا قوله فإذا
كان في السماء علة وقوله وهو الأصح احترازاً عما روي في النوادر عن أبي حنيفة أنه كهلال رمضان لأنه تعلق به أمر
ديني وهو ظهور وقت الحج وقوله لأنه تعلق به نفع العباد دليل الأصح وقوله وإن لم تكن في السماء علة يعني في هلال
الفطر وقوله كما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن المتفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة إلى آخره وقوله ووقت الصوم من
حين طلوع الفجر الثاني قيل العبرة لأول طلوعه وقيل لاستطارته وانتشاره قال شمس الأئمة الحلواني الأول أحوط
والثاني أرفق وقوله والخيطان يعني أن الخيط الأبيض أول ما يبدو من الفجر الصادق وهو المستطير أي المنتشر
المعترض في الأفق كالخيط الممدود والخيط الأسود ما يمتد معه من غبش الليل وهو الفجر المستطيل والكاذب ذنب
السرحان شبها بخيطين أبيض وأسود وموضعه علم البيان واكتفى ببيان الخيط الأبيض بقوله من الفجر عن بيان الأسود
لأن البيان في أحدهما بيان في الآخر وقوله والصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية
قيل هو منقوض طرداً وعكساً فيما أكل الناسي فإن صومه باق والإمساك فائت وإما طرداً فالمتسحر أكل قبل طلوع
الشمس بعد طلوع الفجر لما أن النهار اسم لزمان هو مع الشمس وكذلك في الحائض والنفساء فإن هذا المجموع موجود
والصوم فائت وأجيب عن الأول بمنع فوت الإمساك لأن المراد به الإمساك الشرعي وهو موجود وعن الثاني
بأن المراد بالنهار النهار الشرعي وهو اليوم بالنص وهو قوله تعالى فكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الآية وعن الحائض
والنفساء بأن الحائض خرجت عن أهلية الأداء شرعاً **وقوله** والطهارة عن الحيض والنفاس شرط المراد بالطهارة
منهما عدمهما لا أن يكون المراد بها الاغتسال

باب ما يوجب القضاء والكفارة

لما فرغ من بيان أنواع الصوم وتفسيره شرع في بيان ما يجب عند إبطاله لأنه أمر عارض
على الصوم فناسب أن يذكر مؤخراً وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسياً لم يفطر والقياس أن يفطر وهو
قول مالك رحمه الله لوجود ما يضاد الصوم ووجود مضاد الشيء معدم له لاستحالة وجود الضدين
معاً فصار كالكلام ناسياً في الصلاة ووجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم للذي أكل وشرب ناسياً تم على
صومك فإنما أطعمك الله وسقاك قيل هذا الحديث معارض للكتاب وهو قوله تعالى ثم أتموا الصيام فإنه

الصيام امساك وقد فات فالاية تدل على بطلانه لان انتفاء الركن الذي يستلزم انتفاءه لا محالة والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه واجيب بان في الكتاب دلالة على ان النسيان معفو عنه لقوله تعالى ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا فكان الحديث موافقا للكتاب فيعمل به ويحمل قوله تعالى واتموا الصيام على حالة انتفاء الامساك عمدا الا ان الامساك فعل اختياري فيكون ضده المفوت له كذلك والنسيان ليس باختياري فلا يفوته فان قيل سلمنا ذلك لكن النص ورد في الاكل والشرب على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع اجاب بقوله واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية يعني ثبت بالدلالة لا بالقياس لان كلا منهما نظير الاخر في كون الكف عن كل منهما ركنا في باب الصوم **وقوله** بخلاف الصلوة جواب عن قوله فصار كالكلام ناسيا في الصلوة وهو واضح وكذا قوله ولا فرق بين الفرض والنفل وقوله ولو كان مخطئا بان كان ذاكرا للصوم غير قاصد للشرب فتمضمض فسبقه الماء فدخل حلقه او مكرها فعليه القضاء عندنا خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي فان الناسي قاصد للشرب دون الخاطي فاذا كان فعل القاصد معفوا ففعل غير القاصد اولى ولنا انه لا يغلب وجوده اي الاعتبار فاسد لانه على خلاف القياس وكذا الالحاق بالدلالة لانه ليس في معنى النسيان فان النسيان غالب الوجود والخطا والاكراه ليسا كذلك ولان النسيان من قبل صاحب الحق بخلاف غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة فان المقيد اذا صلى قاعدا بعذر القيد قضى بخلاف المريض فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معنا اما الاول فلعدم الايلاج في الفرج واما الثاني فلعدم الانزال عن شهوة بالمباشرة اعني بمس الرجل المرأة وكذا اذا انظر الى وجه امراة او فرجها فامنى اي انزل المني لا يفطر لما بينا انه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى وصار كالمتفكر في امراة حسناء اذا امنى وكالمستمني بالكف يعني اذا عالج ذكره بيده حتى امنى لم يفطر على ما قالوا اي المشايخ وهو قول ابي بكر الاسكافي وابي القاسم لعدم الجماع صورة ومعنى وعامتهم على انه يفسد صومه قال المصنف في التجنيس الصائم اذا عالج ذكره بيده حتى امنى يجب عليه القضاء هو المختار لانه وجد الجماع معنى قيل فيه نظر لان معنى الجماع يعتمد المباشرة على ما قلنا ولم يوجد واجيب بان معناه وجد ما هو المقصود من الجماع وهو قضاء الشهوة وهل يحل له ان يفعل ذلك ان اراد الشهوة لا يحل لقوله عليه السلام ناكح اليد ملعون وان اراد تسكين ما به من الشهوة ارجو ان لا يكون عليه وبال ولو ادهن او احتجم لم يفطر لعدم المنافي وقوله لما روينا يعني به قوله عليه السلام ثلث لا يفطرن الصائم ولو اكتحل لم يفطر وان وجد طعمه في حلقه لانه ليس بين العين والدماغ منفذ فما وجد في حلقه من طعمه انما هو اثره لا عينه فان قيل لو لم يكن بينهما منفذ لما خرج الدمع اجاب بان يخرج كالعرق يعني انه داخل من المسام والذي اخل منها لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد فوجد برودة الماء في كبده فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل وذلك لما روي معبد بن هوذة الانصاري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال عليكم بالاثمد المروح وقت النوم وليتقه الصائم اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم ندب الى الصوم عاشورا والى الاكتحال فيه وقد اجتمعت الامة الاكتحال يوم عاشوراء فهو راجح على الاول ولو قبل ولم ينزل لم يفسد صومه لعدم المنافي صورة ومعنى على ما ذكرنا بخلاف الرجعة والمصاهرة فانهما يثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا بالمس وان لم ينزل لان حكمهما ادير على السبب يثبت بسبب الجماع كما يثبت به ولهذا يتعلق بعقد النكاح لان مبناهما على الاحتياط اما فساد الصوم فانه يتعلق بالجماع اما صورة او معنى لا بسببه حتى لم يفسد بعقد النكاح وفيما نحن فيه لم يوجد الجماع لا صورة ولا معنى فلم يفسد الصوم **وقوله** على ما ياتي في موضعه اي في باب الرجعة وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع وهو قضاء الشهوة بالمباشرة ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود وهذا لان الكفارة اعلى عقوبات المفطر لافطاره فلا يعاقب بها الا بعد تناهي الجناية نهايتها ولم يبلغ نهايتها الا انها هنا

جناية من جنسها ابلغ منها وهو الجماع صورة ومعنى وقوله ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اختلف المشايخ في مرجع هذا الضمير في قول محمد فقال بعضهم اراد به الامن عن الوقوع في الجماع وقال بعضهم اراد به الامن من خروج المني وقوله ويكره اذا لم يامن واضح وقوله والشافعي اطلق فيه في الحالين اي في جواز القبلة في حال امنه على نفسه وعدمه والحجة عليه ما ذكرنا يعني قوله لان عينه ليس بمفطر الى اخره والمباشرة الفاحشة وهي ان يعانقها متجردين ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها مثل التقبيل في ظاهر الرواية يكره اذا لم يامن ولا يكره اذا امن وعن محمد وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة انه كره المباشرة الفاحشة للصائم لانه قلما يخلوا عن الفتنة وقوله واختلفوا يعني المشايخ في البلل فقال بعضهم البل يفسد والبلج لا يفسد وقال بعضهم على العكس وقال عامتهم بافسادهما وهو الصحيح لحصول الفطر معنى ولامكان الاحتراز عنه اذا الداء ومجة او نشف ولو اكل لحما بين اسنانه فان كان قليلا لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولو اكل القليل من خارج افطر على ما نذكر فكذا اذا اكل من فيه ولنا ان القليل تابع لاسنانه لانه لا يمكن الاحتراز عنه فكان بمنزلة ريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد بخلاف الكثير لانه لا يبقى بين اسنانه فكان الاحتراز عنه ممكنا والفاصل ان ما كان مقدار الحمصة فهو كثير وما دونه قليل بخلاف قدر الدرهم في باب النجاسة فانه الفاصل بين القليل والكثير وهو داخل في القليل لانه اخذ من قدر موضع الاستنجاء وذلك ان القدر في الاستنجاء معفو بالاجماع حتى لم يفترض الاستنجاء واكتفى في اقامة سنة الاستنجاء بالحجر والمدر وهو لا يقلع النجاسة فصار قدر الدرهم معفوا في غير موضع الاستنجاء ايضا قياسا عليه واما ها هنا فقدر الحمصة لا يبقى في فرج الاسنان غالبا فلا يمكن الحاقه بالريق فصار كثيرا وقوله وان اخرجه واخذه بيده الخ ظاهر **وقوله** لانه طعام متغير فصار كاللحم المنتن وعن ابي يوسف انه يعافه الطبع اي يكرهه فصار من جنس ما لا يتغذى به كالتراب قال وان ذرعه القيء ذرعه القيء سبق الى فيه وغلبه خروج وهو لا يفسد الصوم لقوله صلى الله عليه وسلم من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء الحديث وقاء واستقاء بمد وكذا يقال قاء ما اكل اذا القاه واستقاء تقيا تكلف في ذلك وكلا واضح الا مواضع ننبه عليها قوله يستوي فيه اي في القيء الذي ذرعه وقوله ملوعا دليل ما ذرعه وقوله عند محمد لا يفسد قبل صحيح لانه كما لا يمكن الاحتراز عن خروجه لا يمكن عن عوده فيجعل عفوا وقوله لانه غير خارج تعليل ابي يوسف وقوله ولا صنع له في الادخال تعليل محمد وقوله فان استقاء عمدا اشارة الى انه لو استقاء ناسيا لصومه لا يفسد صومه كما لو اكل ناسيا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ومن استقاء عمدا فعليه القضاء وقوله وعنه اي عن ابي يوسف وقوله لما ذكرنا يريد به عدم الخروج وعنه اي عن ابي يوسف وقوله لكثرة الصنع وهو صنع الاستقاء وصنع الاعادة ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر باتصال الشيء الى باطنه ولا كفارة لعدم معنى الافطار وقد تقدم ان الكفارة اقصى عقوبة في الافطار فيحتاج الى كمال الجناية لان في نقصانها شبهة العدم وهي تندرئ بالشبهات وقال مالك رحمه الله يجب عليه لانه مفطر غير معذور وكل من هو كذلك تجب عليه عقوبة وقوله ومن جامع عمدا ظاهر وقوله اعتبارا بالاغتسال يعني اذا دخل ولم ينزل وجب عليه الغسل فكذلك الكفارة فان قيل الكفارة تندرئ بالشبهات وانتفاء معنى الجماع وهو قضاء الشهوة يورث الشبهة والاغتسال يجب بالاحتياط فقياس احدهما على الاخر لا يكون صحيحا فالجواب انا نمنع انتفاء معنى الجماع لان قضاء الشهوة يتحقق دون الانزال والانزال شبع وليس بشرط الا ترى ان من اكل لقمة وجب عليه الكفارة وان لم يوجد الشبع والى هذا اشار بقوله وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه ولو جامع في الموضع المكروه فعن ابي حنيفة في وجوب الكفارة روايتان في رواية الحسن لا كفارة عليه اعتبارا بالحد عنده فانه لم يجعل هذا الفعل جناية كاملة في ايجاب العقوبة التي تندرئ بالشبهة

وهذه عقوبة تندرئ بالشبهات كالحد وفي رواية عن أبي يوسف عنه أن عليهما الكفارة وهو الأصح لأنها جناية متكاملة لقضاء الشهوة إنما يدعي أبو حنيفة النقصان في معنى الزنى من حيث إنه لا يتعلق به إفساد الفراش ولا معتبر به في إيجاب الكفارة ولا يلزم من انتفاء ما هو عقوبة كاملة انتفاء ما فيه معنى العقوبة ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة عليه أنزل أو لم ينزل فإن أنزل فعليه القضاء لأنه فاتت صورة الكف فصار كالجماع فيما دون الفرج وقال الشافعي تجب عليه الكفارة لأن السبب للكفارة عنده الجماع المفسد للصوم وقد وجد ولنا أن الكفارة تعتمد الجناية الكاملة وتكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد لأن الطباع السليمة تنفر عنها فإن حصل به قضاء الشهوة فذلك لغلبة الشبق أو لفرط السفه فهو كمن يتكلف لقضاء شهوته بيده ولا يتم جنايته في إيجاب الكفارة فكذا هذا وقوله اعتبارا بالاغتسال والمعنى أن هذه مؤنة أدتها الزوج فيها فيتحملها عنه كثمن ماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من أفطر في نهار رمضان متعمدا فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الإناث كالذكور قال الله تعالى ومن يقنت منكن ولأن السبب الكفارة جناية إفساد الصوم لا نفس الوقاع لأنه تصرف في ملكه وقد شاركته في ذلك فوجبت عليها كما وجبت عليه وهذا جواب عن قوله الأول **وقوله** ولا يتحمل لأنها عبادة أو عقوبة ولا يجري فيها التحمل جواب عن قوله الثاني ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لأنها شرعت في الوقاع بالنص على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة بيانه أن الأعرابي جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تائبا نادما والتوبة رافعة للذنب بالنص ومع ذلك أوجب النبي عليه السلام الكفارة فعلمنا أنها ثبتت على خلاف القياس وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال وهو الإفطار صورة بإيصال الشيء إلى الجوف ومعنى بقضاء الشهوة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر ولم يبين السبب المفطر ولما روي أن رجلا سأله فقال يا رسول الله أفطرت في رمضان فقال عليه السلام من غير مرض ولا سفر فقال نعم فقال أعتق رقبة فلم يستفسره عما أفطر به فدل على أن الحكم لا يختلف ألا ترى أنه سأله عن حاله بالمرض والسفر لاختلاف حكم الحال والجناية بالإفطار على وجه الكمال قد تحقق فإن قيل ما ذكرتم يدل على عدم انحصار الكفارة في الوقاع ومدعاكم الجناية على وجه الكمال فلا مطابقة بين الدليل والمدلول أجيب بأن المقصود الأصلي هو ذلك وأما وجود الجناية على وجه الكمال فثابت بمساعدة الخصم لكنه يقول على وجه خاص ونحن نعممه ونعوض بأن الكفارة بنفس الوقاع لأن النبي صلى الله عليه وسلم ما أدى الكفارة إلا في مقابلة ما نقل عنه من الوقاع والجواب أن تعلقها به إما أن يكون من حيث إنه وقاع في نهار رمضان فإن كان الأول فليس في الأصل جناية فلا يستلزمها وإن كان الثاني فهو مسلم وهو المطلوب لأنه جناية بالإفطار على وجه الكمال لا بجهة خاصة وإذا كان كذلك في معناه الحق به دلالة لا قياسا وتمام تقريره مذكور في التقرير وقوله وبإيجاب الإعتاق تكفيرا جواب عن قول الشافعي لارتفاع الذنب بالتوبة فإن الشرع لما أوجب الإعتاق كفارة لهذه الجناية علم أنها غير مرتفعة لها بالتوبة كالسرقة والزنا لا ترتفعان بمجرد التوبة بل بالحد **وقوله** والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا يعني من حديث أبي هريرة ولحديث الأعرابي وهو مشهور ظاهر وقوله بفرق قد تقدم معناه وقوله وهو حديث الأعرابي حجة على الشافعي في قوله يخير لأن مقتضاه الترتيب وهو واضح وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه لقوله عليه السلام صم شهرين متتابعين قال في النهاية ما معناه أن نسبة التخيير إلى الشافعي ونفي التتابع إلى مالك سهو بل الشافعي يقول بالترتيب كما دل على ذلك كتبهم وكتب أصحابنا والقائل بعدم التتابع هو ابن أبي ليلى والقائل بالتخيير احتج بحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إني أفطرت في رمضان فقال أعتق رقبة أو صم شهرين أو أطعم ستين مسكينا وقلنا حديث الأعرابي مشهور لا يعارضه هذا الحديث فيحمل على أن المراد به بيان ما به تتأدى الكفارة في الجملة لا التخيير واحتج القائل بنفي التتابع بالقياس على

القضاء

على القضاء وما رويناه حجة عليه لأن القياس في مقابلة النص فاسد **قال** ومن جامع فيما دون الفرج وأنزل فعليه القضاء أراد بالفرج القبل والدبر فكان ما دونه هو التفخيذ والتبطين والجامع فيه جامع معنى فأوجب القضاء وليس به صورة فلا كفارة عليه وليس في إفساد صوم غير رمضان كفارة لأن الكفارة في إفطار صوم رمضان وجبت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس وليس غيره في معناه لأن الإفطار في رمضان أبلغ من الجناية لكونها جناية على الصوم والشهر جميعا وغيره جناية على الصوم وحده لأن الوقت غير متعين لذلك فلا يلحق به غيره بخلاف الكفارة في الحج حيث يستوي فيها الفرض والنفل لأن وجوبها لحرمة العبادة وهما فيها سواء ومن احتقن أو استعط أي استعمل الدواء بالحقنة أو السعوط وهو الدواء الذي يصب في الأنف وهما على بناء الفاعل أو أقطر في أذنيه على بناء المفعول قال صاحب النهاية كذا وجد بخط شيخي أفطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل وكلامه واضح وقوله وإن داوى جائفة أو آمة الجائفة اسم لجراحة وصلت إلى الجوف والآمة اسم لجراحة وصلت الدماغ والذي يصل هو الرطب وإنما قيد بالرطب لأن في ظاهر الرواية فرق بين الدواء الرطب واليابس وأكثر مشايخنا على أن العبرة للوصول حتى إذا علم أن الدواء اليابس وصل إلى جوفه فسد صومه واعلم أن الرطب لم يصل إلى الجوف لا يفسد صومه عنده إلا أنه ذكر اليابس والرطب يصل إلى الباطن عادة فلهذا فرق بينهما ولو أقطر في إحليله لم يفطر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب ذكر قوله في الأصل مع أبي حنيفة وذكر الطحاوي في مختصره مع أبي يوسف وقال أبو سليمان الجوزجاني في الأصل بعدما ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ثم إن محمدا اشتك في ذلك فتوقف وما ذكره كل واحد من الجانبين ظاهر وإنما توقف محمد لأنه شك في وجود المنفذ من الإحليل إلى الجوف وتكلموا في الإقطار في قبل النساء فقيل هو على هذا الاختلاف وقيل إنه كالحقنة يفسد الصوم بلا خلاف قيل وهو الأصح وقوله ومن ذاق شيئا بفمه الذوق بالفم قوة منبثة في العصب المفروش على جرم اللسان وإدراك الذوق بمخالطة الرطوبة اللعابية المنبعثة من الآلة المسماة بالملعبة بالمذوق ووصوله إلى العصب وليس في هذا المعنى ما يوجب الفطر لا صورة ولا معنى ويكره ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد بسبيل التسبب لأن الجاذبة قوية إذا كان صائما فلا يأمن أن تجذب منه شيئا إلى الباطن وقوله لما بينا إشارة إلى التعريض **وقوله** ومضغ العلك لا يفطر أطلق محمد في الكتاب وهو يدل على أن الكل واحد والتفصيل المذكور في الكتاب ذكره المشايخ وقوله إلا أنه يكره استثناء من قوله ومضغ العلك لا يفطر وقوله ولأنه متهم بالإفطار يعني أن من رآه يتهمه يتوهم أنه يأكل شيئا فيتهمه وقد قال علي رضي الله عنه إياك وما يسبق إلى القلوب إنكاره وإن كان عندك اعتذاره وقوله ويكره ظاهر والكراهة يستلزم عدم الاستحباب ولا ينعكس لأن المباحات لا يوصف بهما **قال** ولا بأس بالكحل ودهن الشارب ويجوز أن يكون الهاء منهما مفتوحا فيكونان مصدرين من كحل عينه كحلا ودهن رأسه دهنا إذا طلاه بالدهن ويجوز أن يكون مضموما فيكون معناه ولا بأس باستعمال الكحل والدهن فإن قيل ما وجه تكرير مسألة الكحل فإنه قال ولو اكتحل لم يفطر ثم قال ولا بأس بالكحل ثم قال ولا بأس بالاكتحال أجيب بأن الأول وضع القدوري والثاني وضع الجامع الصغير والثالث وضع الطحاوي ولكل منها فائدة فأما فائدة الأول فما استفيد من عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه أن لا يكون مكروها بل يجوز أن يكون مكروها ولا يفطر كما إذا ذاق بلسانه شيئا وبالثاني نفي ذلك ثم قد يختلف حكمه بين الرجال والنساء كما في العلك فأعلم بالثالث أنهما لا يفترقان إذا لم يقصد الرجل الزينة وقوله لأنه يعمل عمل الخضاب يعني وبالخضاب جاءت السنة لكن لحاجة غير الزينة والقبضة بضم القاف وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأخذ اللحية من طولها وعرضها أورده أبو عيسى في جامعه وقال من سعادة الرجل خفة لحيته وذكر أبو حنيفة رحمه الله في الآثار عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن عبد الله بن عمر كان يقبض على لحيته ويقطع ما وراء القبضة وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رضي الله عنهم أن عبد الله بن عمر كان وقوله ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي ذكر محمد في الأصل أنه لا بأس

للصائم أن يستاك بالسواك الرطب ولم يذكر أن رطوبته بالماء أو بالرطوبة الأصلية التي تكون للأشجار ولا ذكر أنه بلّه
بريقه أو بالماء وذكر في الجامع الصغير لا بأس بالسواك الرطب بالماء للصائم في الفريضة فكان تفسير الماء ذكره في الأصل
ويدل على الرطب بالرطوبة الأصلية بالإلحاق ولهذا قال المصنف لا فرق بين الرطب الأخضر وبين المبلول بالماء لقوله
عليه السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل بين الرطب وبين الغداة والعشي وينفي به ما قال أبو يوسف
أن الرطب بالماء مكروه لما فيه من إدخال الماء في الفم وذلك مكروه لأن ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة أكثر مما يبقى
بعد السواك ثم لم يكره للصائم المضمضة فكذا السواك وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لأن فيه إزالة الأثر
المحمود وهو الخلوف قال النبي صلى الله عليه وسلم فيما يحكيه عن ربه الصوم لي وأنا أجزي به ولخلوف فم الصائم أطيب عند الله
من ريح المسك وما يكون محمودا عند الله فسبيله الإبقاء كما في دم الشهيد والخلوف مصدر خلف فوه إذا تغيرت رائحته لعدم
الأكل بالضم لا غير قلنا هو أثر العبادة فالأليق به الإخفاء فإزاحة الرياء بخلاف دم الشهيد فإنه أثر الظلم فيحتاج إلى
الانتصاف من خصمه فلا بد من الإبقاء وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك والله أعلم

فصل لما ذكر مسائل الصوم في هذا الفصل ببيان وجوه الأعذار المبيحة للإفطار
في الصوم وما يتعلق بها وكلامه واضح وحاصله أن الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه إلى ما يزداد بالصوم وإلى ما
يخف به وما يخف لا يكون مرخصا لا محالة فجعلنا ما يزداد به مرخصا لخوف الهلاك بوجود ما هو الأصل في الباب وهو المشقة
فيه ومعرفة ذلك إما أن يكون باجتهاده بأن يعلم من نفسه أن حماه زادت شدته أو غلبة وجعا وإما أن يقول طبيب
حاذق مسلم والشافعي رحمه الله اعتبر خوف الهلاك أو فوات العضو كما في التيمم وأما السفر فنفسه مرخص لأنه لا
يعرى عن المشقة فإذا كان مسافرا لا يضره الصوم فالصوم أفضل عندنا خلافا له هكذا نقلت هذه المسألة في كتب
أصحابنا على خلاف ما وقعت في كتب أصحاب الشافعي فإن الغزالي رحمه الله ذكر أن الصوم أحب من الإفطار في السفر
لتبرئ ذمته استدل الشافعي بقوله ليس من البر الصيام في السفر روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فرأى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا قالوا صائم فقالوا صائم
فقال ليس من البر الصيام في السفر الحديث ولنا أن رمضان أفضل الوقتين لأن عدة من أيام أخر كالخلف عن رمضان
والخلف لا يساوي الأصل بحال وما رواه محمول على حالة الجهد بفتح الجيم أي المشقة على ما ذكرنا في سببه اتفاقا وقوله
وإن مات المريض والمسافر وهما على حالهما أي من المرض والسفر لم يلزمهما القضاء لأن الله تعالى أوجب عليهما القضاء
في عدة من أيام أخر وقوله ولو صح المريض ظاهر وقوله وفائدته أي فائدة لزوم القضاء وجوب الوصية بالإطعام بقدر
الصحة والإقامة فإذا أوصى يؤدي الوصي من ثلث ماله لكل يوم مسكينا بقدر ما يجب في صدقة الفطر وإن لم يوص
وتبرع الورثة جاز وإن لم يتبرعوا لا يلزمهم الأداء ليسقط في حكم الدنيا وذكر الطحاوي فيه أي في وجوب الوصية
خلافا بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وبين محمد رحمه الله فقال لو زال عنه العذر وقدر على قضاء البعض دون
البعض فإنه ينظر إن قضى فيما قدر ولم يفرط فيه ثم مات فلا يلزمه قضاء ما بقي لأنه لم يدرك من وقت قضائه إلا قدر
ما قضى وإن لم يصم فيما قدر عليه حتى مات وجب عليه قضاء الكل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن ما قدر يصلح فيه قضاء
اليوم الأول والذي بعده وهلم جرا فلما قدر على قضاء البعض فكأنه قدر على الكل ولم يصم وليس كذلك إذا صام
فيما قدر لأنه بالصوم تعين أنه لا يصلح فيه قضاء يوم آخر وقال محمد لا يلزمه القضاء إلا مقدار ما قدر عليه لأنه ما أدرك
إلا ذلك فلم يلزمه غيره قال المصنف وليس بصحيح يعني أن الصحيح أن قولهما كقول محمد وإنما الخلاف في النذر وهو
أن يقول المريض لله علي أن أصوم شهرا فإن مات قبل أن يصح لم يلزمه شيء وإن صح يوما واحدا لزمه أن يوصي
بجميع الشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لزمه بقدر ما صح لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فصار
كقضاء رمضان والفرق لهما بين قضاء رمضان والنذر ما ذكره في الكتاب أن النذر سبب وقد وجد والمانع
وهو عدم صحة الذمة في الالتزام إذ أنه قد زال بالبراءة وإذا وجد السبب المقتضي وزال المانع يظهر الوجوب

لا محالة وما نحن فيه نذر فمات قبل الأداء وإذا ظهر الوجوب ولم يتحقق الأداء يصار إلى الخلف وهو الفدية
وفي هذه المسألة السبب إدراك العدة وإدراكها لم يتحقق بكماله بل بعضها يتحقق فيتقدر بقدره وفيه بحث من وجهين
أحدهما أن القضاء يجب بما يجب به الأداء عند المحققين وسبب الأداء شهود الشهر فكذا سبب القضاء والثاني أن
جزء السبب ليس له حكم كله فلا يكون لبعض السبب أثر في بعض الحكم والجواب عن الأول أن ذلك ليس فيما يتعلق
به تسليم الواجب أو مثله وهو الخطاب وهذا من مزال الأقدام فلا يغفل وعن الثاني بأن جزء السبب لا يجوز أن
يؤثر في كل الحكم وإلا لكان هو العلة فما فرضناه جزءا لا يكون جزءا هذا خلف باطل وأما أن يكون جزء السبب
علة تامة لبعض الحكم فلا مانع عنه ألا ترى أن بالقدر والجنس يحرم الفضل والنساء وأحدهما يحرم النساء وكل
ذلك قررناه في التقرير مستوفى **قال** وقضاء رمضان إن شاء فرقه وإن شاء تابعه الصوم المذكور
في كتاب الله تعالى ثمانية أربعة منها متتابعة وأربعة صاحبها فيها بالخيار أما المتتابع فصوم رمضان وكفارة
القتل والظهار واليمين عندنا وأما غيره فقضاء رمضان وصوم المتعة وكفارة الحلق وجزاء الصيد أما صوم
رمضان فلا كلام لأحد في وجوب التتابع فيه وأما غيره فقد ضبطه المشايخ بأن كل ما شرع فيه العتق كان التتابع
فيه وما لا فلا فيكون قضاء رمضان مما فيه لمن عليه الخيار ولأن النص مطلق والعمل به واجب وفيه بحث من وجهين
أحدهما أن القضاء يحكي الأداء والتتابع واجب في الأداء فكذا القضاء والثاني أن أبي
بن كعب رضي الله عنه قرأ فعدة من أيام أخر متتابعات فهلا اعتبرتم قراءته مقيدة كما فعلتم بقراءة ابن مسعود رضي
الله عنه في كفارة اليمين والجواب عن الأول أن الأمر لو كان على ما ذكرتم لما قال صلى الله عليه وسلم لمن سأله
عن تقطيع قضاء رمضان ذلك إليك أرأيت لو كان على أحدكم دين فقضاه الدرهم والدرهمين ألم يكن قضاء
قال نعم قال عليه السلام فالله أحق أن يعفو ويغفر فإنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بذلك وعن الثاني ما قيل
أن قراءة أبي رضي الله عنه لم تشتهر اشتهار قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فكان كخبر الواحد فلا تجوز به الزيادة على كتاب
الله قوله لكن المستحب المتابعة أي التتابع مسارعة إلى إسقاط الواجب وإن أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر
صام الثاني لأنه في وقته وقضى الأول بعده لأنه وقت القضاء ولا فدية عليه خلافا للشافعي فإنه يوجب مع
القضاء لكل يوم طعام مسكين ويروى ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما ويقول القضاء يتوقت بما بين رمضانين
مستدلا بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تؤخر قضاء أيام الحيض إلى شعبان وهذا بيان منها لآخر
ما يجوز التأخير إليه ثم جعل تأخير القضاء عن وقته كتأخير الأداء لا ينفك عن موجب فكذا تأخير القضاء وهذا
كما ترى ليس فيه ما يعول عليه لأن تأخيرها القضاء إلى شعبان قد يكون اتفاقيا ولو سلم ذلك فإيجاب الفدية
لا أصل له لأنه لا فدية في الشرع على القادر على الأصل وبالتأخير لم يثبت العجز ولنا أن الله تعالى أمر بالقضاء
مطلقا والأمر المطلق لا يوجب الفور بل على التراخي ولهذا لو تطوع جاز بالاتفاق ومثل هذا مروي عن علي وابن مسعود
رضي الله عنهما وقوله رضي الله عنهما والحامل والمرضع قال في الذخيرة المراد بالمرضع هاهنا الظئر لأن الأم لا تفطر
إذا كان للمولود أب لأن الصوم فرض عليها دون الإرضاع وقال الشيخ عبد العزيز ينبغي أن يشترط يسار الأب
أو عدم أخذ الولد ثدي غير الأم وقوله لأنه إفطار لعذر قيل نعم هو عذر ولكن لا في نفس الصائم بل
لأجل غيره ومثله لا يعتد به ألا ترى أنه لو أكره على شرب الخمر بقتل أبيه أو ابنه لم يحل له الشرب وأجيب
بأن الحامل والمرضع مأمورة بصيانة الولد مقصودة وهو لا يتأتى بدون الإفطار عند الخوف فكان مأمورا
بالإفطار والأمر بالإفطار مع الكفارة التي بناؤها على الوجوب عن الإفطار لا يجتمعان بخلاف الإكراه فإنه ليس
أحد مأمورا قصدا بصيانة غيره بل نشأ الأمر هناك من صدور حرمة القتل والحكم يتفاوت بتفاوت الأمر قصدا
وضمنا وقوله فيما إذا خافت على الولد يعني إذا خافت الحامل أو المرضع على نفسها لا تجب الفدية بالاتفاق وإذا
خافت على ولديهما فأفطرت وجب القضاء والفدية على أصح أقوال الشافعي هو يجيزه بالشيخ الفاني فإن الفطر

حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فتجب الفدية كفطر الشيخ الفاني ولان فيه منفعة نفسها وولدها
فبالنظر الى نفسها يجب القضا وبالنظر الى منفعة ولدها تجب الفدية ولنا ان الفدية فيه ثبتت بالنص على خلاف
القياس فلا يجوز القياس والفطر بسبب الولد ليس في معناه لان الشيخ الفاني عاجز وصف بما بين المراد به بقوله
الذي لا يقدر على الصيام ويسمى فانيا اما لقربه الى الفنا او لانه فنيت قوته ووجوب الفدية عليه من هنا وذلك
ما لك لا يجب عليه الفدية لان الاصل وهو الصوم لم يجب عليه فلا يجب خلفه وقلنا السبب هو شهود الشهر ثابت
حتى لو تحمل المشقة وصام وقع عن فرضه وانما يباح له الافطار لعذر ليس بعرض الزوال حتى يصار الى القضا
كالمرض والسفر فوجبت الفدية كمن مات وعليه الصوم والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قال
اهل التفسير معناه لا يطيقونه فهو كقوله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا فان قيل روي عن الشعبي رحمه الله انه قال
لما نزل قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قال اهل التفسير معناه لا يطيقونه فهو كقوله تعالى كان الاغنيا يفطرون
ويفتدون والفقرا يصومون بناء على ان في بدو الاسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية ثم نسخ بعد ذلك
بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به اجيب بان الاية ان وردت في الشيخ الفاني
كما ذهب اليه بعض السلف فظاهر وان وردت في التخيير فكذلك لان النسخ انما ثبت في حق القادر على الصوم فبقي
الشيخ الفاني على حاله كما كان وقوله ولو قدر على الصوم يعني بعد ما فدى بطل حكم الفدا وصار كانه لم يكن ووجب عليه
القضا فان قيل القدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل الخلف كما لو قدر على الما بعد ما صلى بالتيمم وههنا حصل
المقصود وهو تفريغ الذمة عما وجب عليه اجيب بان القدرة ههنا على الاصل انما هي قبل حصول المقصود بالخلف لان
دوام هذا العجز الى الموت شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفاني هو الذي يزداد ضعفه كل وقت الى موته واليه
اشار بقوله لان شرط الخلفية استمرار العجز وقوله ومن مات وعليه قضاء رمضان اي قرب منه لان الايصا بعد الموت
غير متصور وقوله لانه عجز عن الادا في اخر عمره استعمال الادا في موضع القضا والعجز عن القضا يجعله لا
بمعنى الشيخ الفاني فيلحق به دلالة بالطريق الاولى لان عجز الميت الزم ثم لا بد من الايصا لالزام الوارث
فاذا لم يوص فللوارث ان يخرجه ولا يلزمه واذا اوصى اخرج عنه من ثلث المال مقدار صدقة الفطر عندنا خلافا
للشافعي في جميع ذلك اما خلافه في المقدار فلان المقدار الواجب عنده مد واما في الباقي فلانه يعتبر هذا
الدين بديون العباد بجامع ان كلا منهما حق مالي يجري فيه النيابة فكما ان ديون العباد تخرج من جميع المال وان لم
يوص فكذلك هذا ولنا انه عبادة وكل ما هو عبادة لا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصا دون الوراثة
لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء لان الصوم فعل مكلف به وقد سقطت الافعال بالموت فصار الصوم كانه سقط
في حق الدنيا فكانت الوصية بادا الفدية تبرعا بخلاف دين العباد فانه لا يسقط بالموت لان المقصود منه هو
المال والفعل غير مقصود لحاجة العباد الى الاموال وكذلك الوصية بالزكوة واذا كان تبرعا يعتبر من الثلث
وانما قال ابتداء لانها في الاخرة تنوب عن الواجب على الميت والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ فان النص الوارد
بالفدا في الصوم غير معقول المعنى فالقياس ان يقتصر عليه لكن النص الوارد فيه يجوز ان يكون معلولا بعلة مشتركة
بينه وبين الصلوة وان كنا لا نعلمها والصلوة نظير الصوم بل اهم فامر المشايخ بالفدا فيها احتياطا وموضعه الاصول
وقوله هو الصحيح احتراز عما قاله محمد بن مقاتل اولا انه يطعم عنه لصلوة كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع
فقال كل صلوة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم وهو الصحيح لانه احوط وقوله ولا يصوم عنه الولي احتراز عن قول الشافعي
رحمه الله فانه يجوز ذلك في قول استدلالا بما روي عن عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من مات
وعليه صيام صام عنه وليه وهو نص في الباب ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن
احد وتاويل حديث عايشة رضي الله عنها فعل عنه ما يقوم مقام الصوم من الاطعام ان اوصى بذلك وقوله ومن دخل
في صوم التطوع ذكرناه في فصل القراة من كتاب الصلوة وقوله ثم عندنا كذا بيان لمبنى الاختلاف وهو ان الافطار بعذر

بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا الا ترى انه لو كان له مال لم يجب في ماله ولو تضاعف تضاعف الولد فلا يلحق به دلالة ايضا وقوله الشيخ الفاني

الشروع

الشروع ليس بمباح بغير عذر عندنا وعنده مباح فاذا كان غير مباح كان بالافطار جانيا فيلزمه القضا واذا كان
مباحا لم يكن جانيا فلا يلزمه القضا وقوله والضيافة عذر يعني على الاظهر وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ليست
بعذر لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي احدكم فليجب فان كان مفطرا فلياكل وان كان صائما فليصل
اي فليدع لهم ووجه الاظهر ما روي عنه عليه السلام انه كان في ضيافة رجل من الانصار فامتنع رجل من الاكل
وقال اني صائم فقال عليه السلام انما دعاك اخوك لتكرمه فافطر واقض يوما مكانه ومن المشايخ من قال ان كان
صاحب الدعوة يرضى بمجرد حضوره ولا يتاذى بترك الاكل لا يفطر وان كان يتاذى يفطر ويقضي وقال في التحفة
هذا كله اذا كان الافطار قبل الزوال فاما اذا كان بعد الزوال فلا ينبغي له ان يفطر الا اذا كان في ترك الافطار
عقوق الوالدين او احدهما وقوله واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر الاصل في هذا ان كل من صار في اخر النهار
بصفة لو كان عليها في اوله لزمه الصوم فعليه الامساك كالحايض والنفسا تطهران بعد طلوع الفجر او معه
والمجنون يفيق والمريض يبرا والمسافر يقدم بعد الزوال او الاكل والمفطر عمدا او خطا او مكرها او اكل
يوم الشك ثم تبين انه من رمضان او افطر على ظن غروب الشمس او تسحر على ظن عدم طلوع الفجر والامر بخلافه
ومن لم يكن كذلك لا يجب عليه الامساك كما في حالة الحيض والنفاس ثم وجوب الامساك انما هو على قول بعض
المشايخ وهو اختيار المصنف على ما ذكره عند قوله اذا قدم المسافر او طهرت الحايض وقال الشيخ الامام [illegible]
الصحيح انه على الايجاب لان محمدا رحمه الله ذكر في كتاب الصوم فليصم بقية يومه والامر للوجوب وقال في الحايض
اذا طهرت في بعض النهار فليدع الاكل والشرب وهذا امر ايضا وقال بعضهم هو الاستحباب ذكره محمد بن شجاع
لانه مفطر فكيف يجب الكف عن المفطرات عليه وقال ابو حنيفة رحمه الله في الحايض تطهر في بعض النهار لا يحسن
لها ان تشرب وتاكل والناس صيام واجيب عن الثاني بان هذا الامساك ليس على جهة الصوم حتى ينافي
الافطار المتقدم وانما هو قضا لحق الوقت بالتشبه ومعنى قول ابي حنيفة لا يحسن يقبح منها وترك القبيح
شرعا من الواجبات وقوله ولو افطرتا يعني فيما بقي من يومهما لا قضا عليهما لان الصوم غير واجب
فيه بل الامساك هو الواجب ولا قضا الا للصوم وصاما ما بعد من الايام لتحقق السبب وهو شهود الشهر
والاهلية بالاسلام والبلوغ ولم يقضيا يومهما يعني اذا امسكا بقية النهار وانما قلت هذا لئلا يتكرر مع قوله
ولا قضا عليهما وقوله ولا ما مضى اي لم يقضيا ما مضى من الايام قبل البلوغ والاسلام لعدم الخطاب لانه انما يكون
عند الاهلية وكانت منتفية قبلهما فان قيل انتفا الاهلية في اول النهار لا يمنع وجوب القضا فان المجنون اذا
اذا افاق في يوم رمضان قبل الزوال والاكل ونوى الصوم يقع عن الفرض ولو افطر وجب عليه القضا
مع ان الصوم لم يكن واجبا عليه وقت طلوع الفجر اجيب بانا لا نسلم ان الوجوب لم يكن ثابتا عليه في ذلك
الوقت بل الوجوب في حقه كان ثابتا الا انه لم يظهر اثره عند الاستغراق فاذا لم يستغرق ظهر اثر الوجوب
وقوله وهذا اي ما ذكرنا من عدم وجوب قضا صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه الصبي او اسلم الكافر بخلاف
الصلوة حيث يجب قضاوها اذا بلغ او اسلم لما ذكره في الكتاب وهو واضح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليهما القضا لما ذكره فيه وهو نظير من اصبح ناويا للفطر ثم نوى
قبل الزوال ان يصوم اجزاه ولا شك ان نية الفطر منافية للصوم لكنها منافية حكما لا حقيقة فلا تمنع نية الصوم
قبل الزوال وكذلك الكفر مناف للصوم حكما لا حقيقة وحكمه ظاهر لان فيه منافاة الاهل لغير الاهل ووجه
الظاهر ما ذكر في الكتاب ومبناه كما ترى على التفرقة بين من له الاهلية وفاقدها واكثر المشايخ على التفرقة
بينهما في النفل فالصبي اذا بلغ قبل الزوال ونوى صوم النفل صح والكافر اذا اسلم وفعل ذلك لا يصح وذكر في
الجامع الصغير انهما في صحة نية التطوع سواء وكان الاختلاف في النفل كالاختلاف في الفرض وقوله واذا
المسافر الافطار ثم قدم قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب لانها بالذمة

الصالحة للوجوب وهو ثابت في حقه ولا يجوز التنوع لانه لو صام صح وان كان في رمضان يعني المسافر الذي نوى
الافطار فعليه ان يصوم لزوال المرخص وهو السفر وفي النهاية لان فرض المسألة فيما اذا قدم قبل انتصاف
النهار وقيل في كلام المصنف تكرار لان المسألتين كلتيهما في مسافر قدم المصر في رمضان قبل الزوال واجيب بان
المسألة الاولى في غير رمضان ورد بان قوله لا ينافي اهلية الوجوب يأباه لانه لا يستعمل في غير الفرض واجيب بان معنى
لا ينافي اهلية الوجوب وفيه بعد وبان معناه المعلى المعنى المصطلح والصوم هو ان يكون بدا صائما وحول نيته
نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فعليه ان يصوم ذلك اليوم ولو اخر اجزاه فكانت الاولى في غير
رمضان والثانية فيه فلا تكرار وقوله فهذا اولى يعني في وجه الاولوية المرخص وهو السفر قائم وقت الافطار
في تلك المسألة ومع ذلك لم يبح له الافطار فلان لا يباح في هذه المسألة وهو ليس بقائم فيه اولى وقوله في المسألتين
يعني مسافرا اقام ومقيما سافر قال ومن اغمي عليه في رمضان • الاغماء اما ان يكون مستغرقا اولا
والثاني اما ان يحدث في اول ليلة او في غيرها فان كان في غيرها سواء كان ليلا او نهارا لا يقضي صوم ذلك
اليوم الذي حصل فيه او في ليلته الاغماء وكذا اذا كان في اول ليلة لان الامساك موجود لا محالة وكذا النية
ظاهرا لان الظاهر من حال المسلم في ليالي رمضان عدم الخلو عن النية ويقضيه كله لما ذكره من قوله لانه نوع مرض
الى آخره وكلامه واضح وقوله ومن جن في رمضان كله قال شمس الائمة الحلواني المراد بقوله جن كله ما
يمكنه الصوم فيه ابتداء حتى لو افاق بعد الزوال من اليوم الاخير من شهر رمضان لم يلزمه القضاء لان الصوم لا يصح
فيه كالليل هو الصحيح وقوله هو تعتبره بالاغماء يعني من حيث ان الجنون مرض يخل العقل فيكون عذرا في التاخير
الى زواله لا في الاسقاط كما في الاغماء وقوله ولنا ظاهر وقوله فيقولان لم يجب عليه الاداء اي اداء ذلك البعض
لانعدام الاهلية وكل من لم يجب عليه الاداء الا لم يجب عليه القضاء لان القضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب فان
المستوعب منه منع القضاء في الكل فاذا وجد في البعض منع بقدره اعتبارا للبعض بالكل ولنا ان السبب قد
وجد وهو الشهر اي بعضه لان السبب لو كان كله لوقع الصوم في شوال فكان تقدير الاية والله اعلم فمن شهد منكم
بعض الشهر فليصم الشهر كله لان الضمير يرجع الى المذكور دون المضمر والجنون الذي لم يستغرق صومه الشهر
قد شهد بعض الشهر فيصوم كله فان قيل يجوز ان يمنع عن ذلك مانع وهو عدم الاهلية فيما مضى اجاب بان
الاهلية للوجوب بالذمة وهو كونه اهلا للايجاب والاستيجاب وهي موجودة لانها بالادمية فان قيل لو كان
ما ذكرتم صحيحا لوجب على المستغرق ايضا اجاب بقوله وفي الوجوب فائدة وهو ان الفائدة تناول المذكور
صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه والمستوعب ليس كذلك لانه يحرج في الاداء فلا فائدة في الوجوب
لانه لو وجب لسقط بسبب الحرج بعد الوجوب فصار كالصبي لان الصبا لما كان يمتد كان في الايجاب عليه حرج
وهو مسقط فلا فائدة فيه والحاصل ان الوجوب في الذمة لا يتقدم بسبب الاغماء والصبي والجنون الا ان
الاغماء لا يطول عادة فلا يسقط القضاء والصبا يطول فيسقطه دفعا للحرج والجنون يطول ويقصر فاذا طال
التحق بالصبا واذا لم يطل التحق بالاغماء والطويل في الصوم ان يستوعب الشهر كله وفي الصلاة ان يزيد على
يوم وليلة ثم لا فرق بين الجنون الاصلي وهو ان يبلغ مجنونا والعارضي وهو ان يبلغ عاقلا ثم جن قيل هذا
اي عدم الفرق بين الجنونين ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما فقال ان بلغ مجنونا ثم افاق في بعض الشهر
ليس عليه قضاء ما مضى لان ابتداء الخطاب يتوجه اليه الآن فصار كصبي بلغ وروى هشام عن ابي يوسف انه
قال في القياس لا قضاء عليه ولكني استحسن فاوجب عليه قضاء ما مضى من الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق العارضي
في شيء من الاحكام وليس فيه رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه واختلف فيه المتأخرون على قياس مذهبه والاصح انه
ليس عليه قضاء ما مضى كذا في المبسوط واليه اشار بقوله هذا اي المروي عن محمد مختار بعض المتأخرين منهم الامام
ابو عبد الله الجرجاني والامام الرستغفني والزاهد الصفار رحمهم الله وقوله ولم ينو في رمضان يعني امسك

عن المفطرات لكنه لم ينو صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه قالوا هذه المسألة من خواص الجامع الصغير ولا بد لها من تاويل
لان حال المسلم فيه كاف لوجود النية كالمغمى عليه في رمضان يجعل صائما بيوم اغمي فيه لان ظاهر حاله عدم
الخلو عن النية وان لم يعرف منه واولوا بان يكون مريضا او مسافرا او متهتكا اعتاد الاكل في رمضان فلم
يصلح حاله دليلا على نية الصوم كذا ذكره فخر الاسلام وارى انه ليس بمحتاج الى التاويل لان حال المسلم دليل
اذا لم يعرف منه كما في المغمى عليه والغرض في هذه المسألة العلم بانه لم ينو شيئا فاني يكون بذلك والدلالة
انما تعتبر اذا لم يوجد بخلافها صريح وقال زفر يكون صائما ولا قضاء عليه لان صوم رمضان يتأدى بدون
النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه اداه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب
من الفقير وهكذا روي عن عطاء وانكر الكرخي ان يكون مذهبا لزفر وقال المذهب عنده ان صوم
الشهر كله يتأدى بنية واحدة كما هو قول مالك وقال ابو اليسر هذا قول لزفر في صغره ثم رجع عنه
وانما قيد بالصحيح المقيم نفيا لما يجوز به صرف الامساك الى غيره لتعين الجهة واعترض بان هبة النصاب
فقيرا واحدا لا يجوز عنده على ما مر فما وجه ما في الكتاب واجيب بان معناه على قول من قال وبان ذلك
ان يكون الفقير مديونا فان دفع النصاب اليه جائز بالاتفاق ويجوز ان يقال اراد بالفقير الجنس فكان
الدفع متفرقا ولنا ان المستحق هو الامساك عبادة ولا امساك عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب
قد وجدت النية كما مر في الزكاة ومن اصبح غير ناو للصوم فافطر قبل الزوال او بعده فلا كفارة عليه عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى عنده بغير النية وقد فوت المستحق
عليه شرعا فتجب الكفارة كما لو نوى وقال ابو يوسف ومحمد وفخر الاسلام جعل هذا قول ابي يوسف خاصة
اذا اكل قبل الزوال يجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل لكونه وقت النية فصار كغاصب الغاصب فان
المالك اذا ضمنه فانما يضمنه لتفويت الامكان وتفويت الامكان كتفويته لا يقال لا نسلم ان التضمين
لتفويت الامكان لم لا يكون للاستهلاك او للغصب نفسه من الغاصب لان الاستهلاك شرط التفويت ولا يضاف
الحكم الى الشرط مع قيام صاحب العلة ولم يتحقق الغصب لانه ما ازال اليد المحقة فلم يكن الا التفويت ووجه
قول ابي حنيفة ظاهر مما تقدم واما ما قال من تفويت الامكان فهو مستقيم في غير ما يندرئ بالشبهات وفي باب
العقوبات لا وقوله واذا حاضت المرأة او نفست بضم النون اي صارت حائضا او نفساء وكلامه واضح
وقوله واذا قدم المسافر قد قدمنا الاصل الجامع لهذه الفروع وكلامه كما ترى يشير الى اختيار وجوب
الامساك اذ لو لم يكن كذلك لا نفع عنده فان الشافعي رحمه الله يقول بعدم الوجوب بناء على ان التشبه خلف
والخلف لا يجب الا على من يجب عليه الاصل كالمفطر متعمدا او المخطئ يعني الذي اكل يوم الشك ثم ظهر انه من رمضان
او تسحر على ظن انه ليل وكان المخطئ الا الذي اخطأ في المضمضة وترك الماء في جوفه فانه لا يفطر عنده
قلنا لا نسلم ان التشبه خلف لان البعض الذي لا يكون خلفا عن الكل بل وجب قضاء لحق اليوم اصلا لان هذا
اليوم معظم ولهذا اوجبت الكفارة على المفطر فيه عمدا دون غيره وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من تقرب
فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن ادى فريضة ومن ادى فريضة فيه كان كمن ادى سبعين فريضة فيما
سواه واذا كان معظما وجب تعظيمه بالصوم ان كان اهلا وبالامساك ان لم يكن اهلا واذا لم يكن خلفا لا يكون وجوبه
مبنيا على وجوب الاصل بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر ولا يجب عليهم الامساك لتحقق المانع عنه وهو
قيام هذه الاعذار فانها كما تمنع عن الصوم تمنع عن التشبه به اما في الحائض والنفساء فلان الصوم عليهما حرام
والتشبه بالحرام حرام واما في المريض والمسافر فلان الرخصة في حقهما باعتبار الحرج ولو الزمنا التشبه
عاد على موضوعه بالنقض قال واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع • ومن لطفا
في الفطر بناء على ظنه فسد صومه ولزمه امساك بقية يومه ويجب عليه القضاء ولا يجب عليه الكفارة ولا يأثم به

اما فيما وضوء فلانتفا؛ ولكنه يغلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة بخلاف النسيان واما امساك البقية فلقضاء حق الوقت
بالقدر الممكن كما ذكرنا انفا او لنفي التهمة فانه اذا اكل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن مواضع التهمة واجب
بالحديث واما القضا فلانه حق مضمون بالمثل شرعا فاذا فوته قضاه كالمريض والمسافر واما عدم الكفارة
فلان الجناية قاصرة لعدم القصد ويعضده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان جالسا مع الصحابة رضي الله عنهم
في رحبة مسجد الكوفة عند الغروب في شهر رمضان فاتي بعس من لبن فشرب منه هو واصحابه فامر المؤذن ان يؤذن
فلما رقي المئذنة راى الشمس لم تغب فقال الشمس يا امير المؤمنين فقال عمر بعثناك داعيا ولم نبعثك راعيا
ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير فيه دلالة على لزوم القضا وعدم الاثم وان جعلت الموضع موضع بيان ما
يجب في مثله دل ذلك على عدم الكفارة ايضا لان السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان والحلف المثل فان قيل ما دل
عليه عبارة الكتاب فهو ما يكون ظانا فما حكم الشك في ذلك فالجواب انه اذا شك في طلوع الفجر لا يجب عليه الكفارة
واذا شك في غروب الشمس وجبت والفرق انه اذا شك في غروب الشمس فافطر فقد كمل الفطر على سبيل التعدي
لانه كان متيقنا بالنهار وشاكا بالليل واليقين لا يزول بالشك وفي طلوع الفجر بالعكس وفي كلام المصنف تصريح
بذلك ولكنه قال ينبغي ان تجب الكفارة لان فيه اختلاف المشايخ وقوله والمراد بالفجر ظاهر وقوله ثم تسحر
اخر الليل عن انس قالوا هو اسم للاخر والسحور اسم لما يؤكل في ذلك الوقت وقوله عليه السلام فان
في السحور بركة اي في اكله والمراد بالبركة زيادة القوة على اداء الصوم ويجوز ان يكون المراد نيل زيادة
الثواب لاستنانه بسنن المرسلين ثم تاخير اكل السحور مستحب في مجمع لما ان نفس التسحر مستحب وتاخيره مستحب
ايضا وكان التاخير مستحبا في مجمع قال عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور
والسواك وان قيل ما وجه جعل تاخير السحور من اخلاق المرسلين وهو مخصوص به وبامته عليه السلام فان
النبي عليه السلام قال فرق ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكل السحر اجيب بان المراد به الاكلة الثابتة
فانها كانت تجري مجرى السحور في حقهم ويجوز ان يقال لا منافاة بين الحديثين فان الاول يدل على انه من
اخلاق المرسلين والثاني يدل على ان اهل الكتاب ما كان لهم تسحر وهذا غير الاول لجواز ان يكون
انبياؤهم تسحروا دون اممهم وقوله الا انه اذا شك في الفجر ظاهر وقوله وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه هو الصحيح لان
الليل هو الاصل فلا ينتقل عنه الا بيقين واكبر الراي ليس بيقين وقوله رواية واحدة قال في النهاية اي لعدم القضا
والكفارة لان النهار كان ثابتا وقد انضم اليه اكبر الراي فصار بمنزلة اليقين وقد اشرنا اليه في الجواب
المذكور وقوله رواية واحدة احترازا عما اذا اكل واكبر رايه ان الفجر طالع لان فيه روايتين كما ذكرنا انفا
وقوله ومن اكل في رمضان ناسيا ظاهر لان الاشتباه استند الى القياس لان القياس الصحيح يقتضي ان لا يبقى
الصوم بانتفاء ركنه بالاكل ناسيا فاذا اكل بعده عامدا لم يلاق فعله الصوم فلا يجب عليه الكفارة وقوله لانه
لا اشتباه يعني اذا علم الحديث علم ان القياس متروك والمتروك لا يورث شبهة فلا شبهة وقوله ووجه
الاول يعني عدم وجوب الكفارة قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس وهذا لان الشبهة الحكمية هي الشبهة
في المحل وهي التي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده كما يجيء في كتاب
الحدود والقياس دليل فلم يبق حرمة الاكل الثاني سواء علم ذلك او لم يعلم كوطء الاب جارية ابنه فانه
لا يجب به الحد سواء كان الاب عالما بالحرمة او لا وقوله ولو احتجم صورته ظاهرة وقوله لان الظن
ما استند الى دليل شرعي فان الحجامة كالفصد في خروج الدم من العروق والفصد لا يفسد فلذلك الحجامة لانا
لم لا يجوز ان يكون كدم الحيض والنفاس فانه ليس فيه وصول شيء الى باطنه ولا قضاء شهوة ومع ذلك يفسد الصوم
لان ذلك ثابت بالنص على القياس كالاستقاء فان قيل فلتكن الحجامة كذلك بقوله صلى الله عليه وسلم افطر الحاجم
والمحجوم اجيب بانه عليه السلام احتجم وهو صائم رواه ابن عباس رضي الله عنهما وروي ايضا احتجم عليه السلام

وهو

وهو محرم صائم بين مكة والمدينة فكان الحديث معارضا به فلا يثبت به شيء لا يقال ما رواه ابن عباس رضي
الله عنهما حكاية فعل والقول راجح لان القول انما يكون راجحا اذا لم يكن ماولا وهذا ماول على ما نذكره
وقوله الا اذا افتاه فقيه يعني حينئذ لا يجب الكفارة والمراد به فقيه يؤخذ منه الفقه ويعتمد على فتواه في
البلد هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف وابن رستم عن محمد رحمهم الله لان الفتوى
دليل شرعي في حقه فيصير شبهة وان بلغه الحديث وهو قوله عليه السلام افطر الحاجم والمحجوم روي او
ولغيره بنصب المحجوم واعتمده فكذا عند محمد لا يجب عليه الكفارة لان قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي
وعن ابي يوسف خلاف ذلك يعني لا تسقط الكفارة لان على العامي الاقتدا بالفقها لعدم الاهتداء في حقه
الى معرفة الاحاديث لجواز ان يكون مصروفا عن ظاهره او منسوخا وان عرف تاويله وهو ان النبي
عليه السلام مر بهما وهما معقل بن سنان مع حاجمه وهما يغتابان اخر فقال عليه السلام افطر الحاجم والمحجوم
اي ذهب بثواب صومهما الغيبة وقيل انه غشي حجمه على المحجوم فصب الحاجم الماء في حلقه فقال عليه السلام
افطر الحاجم المحجوم اي فطره بما صنعه به فتوهم الراوي انه قال افطر الحاجم والمحجوم تجب الكفارة
لانتفاء الشبهة لانها نشات من الاعتماد على الظاهر وقد زال بمعرفة التاويل فان قيل لا نسلم ان منشا
الشبهة ذلك وحده بل قول الاوزاعي بذلك منشا لها ايضا اجاب بان قول الاوزاعي لا يورث
الشبهة لمخالفته القياس فان الفطر مما يدخل لا مما يخرج بخلاف قول مالك رحمه الله في اكل الناسي لا
يقال في عبارته تناقض لانه قال الا اذا افتاه فقيه وفتواه لا يكون الا بقوله ثم قال وقول الاوزاعي لا يورث
الشبهة وايضا الفتوى في هذا الباب لا يكون مخالفا للقياس فكيف تكون شبهة من غير الاوزاعي دونه لانا نقول
ذلك بالنسبة الى العامي وهذا بالنسبة الى من عرف التاويل ولو اكل بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضا والكفارة
كيف ما كان اي سواء بلغه الحديث او لم يبلغه عرف تاويله او لم يعرف افتاه مفت او لم يفت لان الفطر يخالف
القياس والحديث وهو قوله عليه السلام الغيبة تفطر الصائم ماول بالاجماع بان المراد به ذهاب الثواب ثم
يوجد الدليل النافي للحرمة في ذاته فلا يكون شبهة بخلاف حديث الحجامة فان بعض العلما اخذ بظاهره من غير تاويل
وقوله واذا جومعت النائمة او المجنونة اما صوم النائمة فظاهر واما المجنونة فقد تكلموا في صحة صومها
لانها لا تجامع الجنون وحكي عن ابي سليمان الجوزجاني رحمه الله قال لما قرات هذه المسالة على محمد قلت له كيف
تكون صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه انتشر في الافاق فمن المشايخ من قال انه كتب في الاصل مجبورة فظن
الكاتب مجنونة ولهذا قال دع فانه انتشر في الافاق واكثرهم قالوا تاويله انها كانت عاقلة بالغة في اول
النهار ثم جنت فجامعها زوجها ثم افاقت وعلمت بما فعل بها زوجها وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما
الحاقا بالناسي لان العذر فيهما ابلغ لعدم القصد ولنا ان الالحاق انما يصح ان لو كانا في معناه من كل وجه وليس
كذلك لان النسيان يغلب وجوده فيفضي الى الحرج وهذا اي جماع النائمة والمجنونة نادر فالقضا لا يفضي الى
الحرج ولا يجب الكفارة لانعدام الجناية بعدم القصد

فصل فيما يوجبه على نفسه

لما فرغ من بيان ما اوجب الله على العباد شرع الان في بيان ما يوجب العبد على نفسه لانه فرع على الاول
ولهذا اشترط ان يكون من جنس ما اوجبه الله وان لا يكون واجبا بايجاب الله اذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر
وقضى وقال زفر والشافعي لا يصح نذره وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة لان هذا نذر بالمعصية لورود
النهي عن صوم هذه الايام قال النبي صلى الله عليه وسلم الا لا تصوموا في هذه الايام الحديث والنذر بالمعصية
غير صحيح لقوله عليه السلام لا نذر في معصية الله ولنا ان هذا نذر بصوم مشروع لان الدليل الدال على مشروعيته
وهو كونه كفارة للنفس التي هي عدو الله عز شانه لا يفصل بين يوم ويوم فكان من حيث حقيقته حسنا مشروعا
والنذر بما هو مشروع جائز وما ذكر من النهي فانما هو لغيره المجاور وهو ترك اجابة دعوة الله لانه

الناس في ضيافة الله في هذه الأيام وإن كان لغيره لا يمنع صحته من حيث ذاته ولقائل أن يقول الإمساك في هذه الأيام يستلزم ترك إجابة الدعوة البتة وترك الإجابة منهي عنه فيقبح بعينه فما يستلزمه كذلك والجواب أنا لا نسلم ذلك فإنه لو أمسك حمية أو لضعف أو لعدم ما يأكله لا يكون تاركا للإجابة فإن قيل الإمساك عبادة تستلزمه قلنا كان ذلك قولا بالوجه والاعتبار وعلى تقدير تسليم صحته قلنا أن يقول هذا الصوم من حيث أنه ترك إجابة دعوة الله قبيح ومن حيث أنه قهر للنفس الأمارة بالسوء على قصد التقرب لله فحسن والنذر لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي إسقاطا للواجب وإن صام فيه يخرج عن العهدة لأنه أداه كما التزمه كما بما وجب ناقصا يجوز أن يتأدى ناقصا فإن قلت سمى المصنف هذا النوع من القبح مجاورا وهو على خلاف ما عليه أصحابنا في أصول الفقه قاطبة فإنهم سموه بالمتصل وصفا وأما المجاور جمعا فمثل البيع عند أذان الجمعة قلت سؤال حسن والتفصي عن عهدة جوابه مشكل وتقريرنا كان لتقريره فليطلب ثم فإنه من مباحث الأصول

قال وإن نوى يمينا فعليه كفارة يمين هذه المسألة على ستة وجوه والجميع مذكور في الكتاب ففي الثلاثة الأول وهي ما إذا لم ينو شيئا أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا بالإجماع وفي الواحد يكون يمينا بالإجماع وهو ما إذا نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا وفي الاثنين وهو أن ينوي أو نوى اليمين لا غير يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف في الأول نذر وفي الثاني يمين ثم الوجوه الأربعة المتفق عليها ظاهرة وكذا بعدم المنازع دليلا وأما الباقيان فلأبي يوسف أن الناذر فيه أي في هذا الكلام حقيقة لعدم توقفه على النية واليمين مجاز لتوقفه عليها واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز فإذا نواهما فالحقيقة مرادة فلا يكون المجاز مرادا وإذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا تكون الحقيقة مرادة ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين يعني أنه ليس من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز لأن قوله لله علي صوم يوم النحر موضوع للوجوب ومستعمل في الوجوب وليس مستعملا في غير الوجوب أيضا حتى يستلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز غير أنه مشتمل فيه من جهتين لا تنافي بينهما فإن أخذ بهما من النذر لأنه يقتضيه لعينه ولهذا أوجب القضاء إذا تركه والكفارة من اليمين لأنه يقتضيه لغيره وهو صيانة اسم الله عن الهتك ولهذا لا يوجب القضاء إذا تركه بل الكفارة وكل واحد من المتنافيين دليل شرعي يجب العمل به إذا أمكن والعمل بهما ممكن لعدم التنافي بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض هذا الذي ظهر لي من كلامه في هذا الموضع وللناس في تحقيق هذه المسألة على مذهبهما أنواع من التوجيهات ثم تعرف إليها طالع التقرير **(وقوله)** ولو قال لله علي صوم هذه السنة يعني إن من نذر صوم سنة فلا يخلو إما إن عينها بقوله هذه السنة أو أطلقها بأن قال سنة فإن كان الأول لزمه صوم السنة إلا أنه أفطر الأيام الخمسة وقضاها لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام ولم يجب عليه قضاء رمضان لأن صومه لم يجب بهذا النذر ولو صام الأيام الخمسة جاز لما تقدم وإن كان الثاني فإما أن يشترط التتابع أولا فإن شرطه فحكمه حكم المعينة وإن لم يشترطه لم يجزه صوم هذه الأيام ويقضي خمسة وثلاثين وثلثي يوم لرمضان وكلامه واضح ومبنى جواز صوم هذه الأيام وعدم جوازه إنما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا وما وجب ناقصا جاز أن يتأدى ناقصا **(وقوله)** والفرق لأبي حنيفة على ظاهر الرواية يعني بينهما بين النذر والشروع في الصوم والشروع في الصلاة في الأوقات المكروهة فإن في النذر يلزمه القضاء وفي الشروع في الصوم لا يلزم وفي الصلاة يلزمه إذا أفسدها وحاصل الفرق بين النذر والشروع في الصوم أن الشروع إحداث الفعل في الخارج وهو لا ينفك عن ارتكاب المنهي عنه وهو ترك إجابة الدعوة فيجب إبطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتني على وجوب الصيانة وأما النذر فإنما هو إيجاب في الذمة وهو أمر عقلي وجاز للعقل أن يجرد الأصل عن الوصف فلم يكن مرتكبا للمنهي عنه وأما الشروع في الصلاة في الأوقات المكروهة فإنما صار موجبا للقضاء لأن ما شرع فيه لا يكون صلاة حتى يكون ركعة ولهذا لا يحنث الحالف على أن لا يصلي بالشروع فلم يكن الشروع في الابتداء إحداثا للفعل الصلاة في الخارج فكان كالنذر

في الانفصال

في الانفصال عن ارتكاب المنهي عنه فيجب الصيانة والقضاء هذا ما سنح لي في توجيه كلامه والله أعلم

كتاب الاعتكاف

وجه تقديم الصوم على الاعتكاف وجه تقديم الوضوء على الصلاة وبين صفته قبل بيان تفسيره لأنها أهم من حيث علم الفقه فإن قيل المواظبة ثابتة من غير ترك قالت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعتكف في العشر الأواخر من رمضان حين قدم المدينة إلى أن توفي أجيب بأنه عليه السلام لم ينكر على من تركه ولو كان واجبا لأنكر فكانت المواظبة بلا ترك مقارنا بترك الإنكار وتفسيره لغة اللبث لأنه من العكوف وهو الحبس ومنه قوله تعالى والهدي معكوفا وأما تفسيره شرعا فما ذكره أنه اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف وهو مركب من ركنه وهو اللبث لأنه ينبئ عنه لغة كما ذكرنا وبعض شرائطه وهو الصوم والنية أما النية فهي شرط في جميع العبادات وأما الصوم فهو شرط عندنا خلافا للشافعي هو يقول الصوم عبادة هو أصل بنفسه وهو ظاهر وكل ما هو كذلك لا يكون شرطا لغيره وإلا لا يكون أصلا بنفسه عما فرضناه أصلا لا يكون أصلا هذا خلف باطل ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف إلا بالصوم رواه عائشة رضي الله عنها والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول وفيه بحث من وجهين أحدهما أن الله تعالى شرع الاعتكاف مطلقا بقوله ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد فاشتراط الصوم زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ لا يجوز والثاني أن الاعتكاف يتحقق في الليالي والصوم فيها غير مشروع وفي ذلك تحقق المشروط بدون الشرط وهو باطل فذلك على أنه ليس بشرط وأجيب عن الأول بأن الإمساك عن الجماع ثبت شرطا لصحة الاعتكاف بهذا النص القطعي وهو أحد ركني الصوم فالحق به الركن الآخر وهو الإمساك عن شهوة البطن بالدلالة لاستوائهما في الحظر والإباحة كما الحق الجماع بالأكل والشرب ناسيا في حق بقاء الصوم بالدلالة لهذا المعنى ثم لما ثبت وجوب الإمساك على المعتكف عن الشهوتين لله تعالى كان صوما وعن الثاني بأن الشروط إنما تعتبر بحسب الإمكان ومن عليها صوم شهر متتابعا لم ينقطع التتابع بعذر الحيض والصوم في الليالي غير ممكن وقوله ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة أي ليس فيه اختلاف الروايات فهو شرط في جميع الروايات وقوله وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم يشير إلى أنه لو صام رجل تطوعا ثم قبل انتصاف النهار على اعتكاف هذا اليوم لا يكون عليه شيء لأن شروعه انعقد تطوعا فبعد رفضه واجبا بنذر الاعتكاف وقوله وفي رواية الأصل قال أبو هي ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وقوله لأنه غير مقدر فلم يكن القطع إبطالا يفهم منه الفرق بين من شرع في الاعتكاف والصوم والصلاة متطوعا حيث لم يجب عليه القضاء في الأول لكونه غير مقدر ووجب عليه في الأخريين لأن الصوم مقدر بيوم والصلاة بركعتين وقوله ثم الاعتكاف لا يصح إلا في مسجد الجماعة هذا أيضا من شروط جوازه ومسجد الجماعة هو أن يكون له إمام ومؤذن أديت فيه الصلوات الخمس أو لا لقول حذيفة بن اليمان رضي الله عنه لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه لا يصح إلا في مسجد جماعة يصلى فيه الصلوات الخمس لما ذكر في الكتاب وقال الإسبيجابي في شرح الطحاوي أفضل الاعتكاف أن يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم في مسجد بيت المقدس ثم في المساجد العظام التي كثر أهلها **(وقوله)** أما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها هذا عندنا وقال الشافعي لا اعتكاف للرجال والنساء إلا في مسجد جماعة لأن المقصود من الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وهو لا يوجد في مساجد البيوت ولنا أن موضع أداء الاعتكاف في حقها الموضع الذي يكون صلاتها فيه أفضل كما في حق الرجل وصلاتها في مسجد بيتها أفضل فكان موضع الاعتكاف مسجد بيتها **قال** ولا يخرج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو الجمعة كلامه واضح إلى قوله لأنه يمكنه الاعتكاف في الجامع فإنه إن كان اعتكافه دون سبعة أيام اعتكف في أي مسجد شاء وإن كان سبعة فصاعدا اعتكف في مسجد الجامع فلم يتحقق الضرورة المطلقة للخروج

ولنا أن الدليل قد دل على أن الاعتكاف في كل مسجد مشروع وإذا صح الشروع صحت الضرورة المطلقة للخروج
إليها لأن تركها صيانة للاعتكاف لا يجوز لكونه دونها في الوجوب لكونها واجبة بإيجاب الله وهو واجب بإيجاب
العبد وليس للعبد إسقاط ما وجب بإيجاب الله تعالى بإيجابه وقوله فلا يمنعه في مسجدين من غير ضرورة قيد بذلك
لأنه إذا كان ثمة ضرورة مثل أن يعتكف في مسجد فيهدم جاز له الخروج إلى مسجد آخر لأنه مضطر إلى الخروج فكان عفوا
وقوله وهو القياس لأن ركن الاعتكاف هو اللبث في المسجد والخروج مفوت له فكان القليل والكثير سواء كالأكل
في الصوم والحدث في الطهارة وقوله لأن في القليل ضرورة بيانه أن المعتكف إذا خرج لحاجة الإنسان لا يؤمر
بأن يسرع في المشي وله أن يمشي على التؤدة فكان القليل عفوا والكثير ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل بينهما الأكثر
من نصف يوم اعتبارا في رمضان إذا وجدت نية الصوم جعلت كأنها وجدت في جميع اليوم لأن القليل تابع للأكثر
وقوله لم يكن مأواه إلا المسجد يعني في غالب أحواله ويلزم من ذلك أن يكون أكله فيه جنبيه وقوله ولا بأس بأن يبيع
ويبتاع يعني ما كان من حوائجه الأصلية وأما ما كان للتجارة فهو مكروه ألا ترى إلى قوله ويكره لغير المعتكف البيع والشراء
فيه فإذا كان لغير المعتكف مكروها فما ظنك بالمعتكف وقوله ولا يتكلم إلا بخير يعني أن التكلم بالشر في الاعتكاف أشد
حرمة منه في غيره فكان من قبيل قوله تعالى فلا تظلموا فيهن أنفسكم فإن الظلم وإن كان حراما مطلقا لكنه قيد بالأشهر
لأنه فيها أشد حرمة **وقوله** ويكره له الصمت قيل معناه أن ينذر أي لا يتكلم كما كان في شريعة من قبلنا وقيل أن لا
ولا يتكلم أصلا من غير نذر سابق وقيل معناه أن ينوي الصوم المعهود وهو الإمساك عن المفطرات الثلث مع
نية أن لا يتكلم وهذا موافق للتعليل المذكور في الكتاب بقوله لأن صوم الصمت ليس بقربة فإنه روي عن أبي حنيفة
رضي الله عنه عن عدي بن ثابت عن أبي حازم عن أبي هريرة رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم الوصال
وصوم الصمت قال الراوي وهو زكريا بن أبي زائدة قلت لأبي حنيفة ما صوم الصمت قال أن تصوم ولا تكلم أحدا
في يوم الصوم وقوله يتجانب ما يكون مأثما أي إنما متصل بقوله يكره له الصمت لا يقال في عبارته تسامح لأن قوله
ولا يتكلم إلا بخير يقتضي حصرا أن يكون الكلام بخير وقوله يتجانب ما يكون مأثما يقتضي جواز التكلم بما هو مباح
وذلك تناقض لأنا نقول ما ليس بمأثم فهو خير عند الحاجة إليه لأن الخير عبارة عن الشيء الحاصل لما من شأنه أن يكون حاصلا
له إذا كان مؤثرا والتكلم بالمباح عند الحاجة كذلك وقوله ويحرم على المعتكف الوطء يحتاج إلى دليل لأن المعتكف
إنما يكون في المسجد فلا يتهيأ له الوطء وأن يوهم بأنه جاز له الخروج لحاجة الإنسانية فعند ذلك يحرم عليه الوطء لأن
ثم المعتكف كان يرخص له عند ذلك الخروج وذكر في شرح التأويلات أنهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع
ثم يغتسلون فيرجعون إلى معتكفهم فنزل قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد وكذلك اللمس والقبلة
لأنه أي لأن كل واحد من اللمس والقبلة من دواعي الجماع إذ هو أي الجماع محظور الاعتكاف كما أنه محظور الإحرام فكانت
الدواعي محرمة فإن قيل الجماع يفسد الصوم كما أنه يفسد الاعتكاف أجاب بقوله بخلاف الصوم لأن الكف عن الجماع ركن
لا محظوره فلم يتعد إلى دواعيه ولأن الإنسان في تحقيقه اضطلت الرغبة وأقصى ما انتهى إليه العذر أن كان الوطء
محظور الاعتكاف لأن محظور الشيء ما نهي عنه بعد وجوده مما يفسده والوطء في الاعتكاف كذلك لأنه اللبث في مسجد
الجماعة مع الصوم والنية هذا حقيقته ثم نهى المعتكف أن يرتكب الوطء وهو معتكف بصريح قوله تعالى ولا تباشروهن
مقصودا فتعدت الحرمة إلى الدواعي لأن الشبهات في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة كما قلنا في الإحرام أن حقيقة
حقيقته النية باللسان والقلب ثم لما وجد ذلك صار الوطء حراما بقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال بعد
في الحج فتعدت الحرمة إلى الدواعي من اللمس والقبلة وأما الصوم فالوطء ليس بمحظوره على ما ذكرنا من تفسير المحظور
فإن ركن الصوم الكف عن الوطء ثبت بقوله تعالى ثم أتموا الصيام بعد قوله فالآن باشروهن إلى قوله حتى يتبين
لكم الخيط الأبيض الآية وثبت إذ ذاك حرمة الجماع المفوت للركن وهو الكف بالنهي الثابت بالأمر ضمنا لا
مقصودا فاقتصر على بقاء الركن والضروري لا يتعدى عن محله فبقيت الدواعي على ما كانت عليه من الحل واعترض

بان ظاهر

بأن ظاهر هذا الكلام يدل على أن النهي الضمني لا يقتضي حرمة الدواعي والقصد في نقضها وهو منقوض
بالنهي عن الوطء حالة الحيض فإنه قصدا إلى ذلك بقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن ولم يحرم الدواعي وأجيب
بأنها لم تحرم فيها لئلا يفضي إلى الحرج بكثرة وقوع الحيض ويجوز أن يجاب أيضا بأن مبنى الكلام على ما كان
محظورا على ما عرفت من تفسيره هو الذي يتعدى والوطء حالة الحيض ليس كذلك هذا وليس وراء عبادان
قرية وقوله فإن جامع ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا يعني أنزل أو لم ينزل بطل اعتكافه لأن الليل محل الاعتكاف
بخلاف الصوم فإن الليل ليس محلا له فإن قيل الاعتكاف فرع على الصوم والفرع ملحق بالأصل في حكمه ولو
جامع ناسيا في نهار رمضان لم يفسد الصوم فكيف يفسد الاعتكاف أجاب بقوله وحالة العاكفين مذكرة
فلا يعذر بالنسيان بخلاف الصوم فإنه لا مذكر فيه فإن قيل فكان الواجب أن يفسد بالأكل ناسيا كالجماع
أجيب بأن حرمة الأكل ليست لأجل الاعتكاف بل لأجل الصوم حتى اختصت بوقت الصوم بخلاف الجماع فإن حرمته
لأجل الاعتكاف نصا فكان كالجماع في الإحرام يستوي فيه القاصد وغيره ولو جامع فيما دون الفرج فأنزل
أو قبل أو لمس فأنزل بطل اعتكافه لأنه في معنى الجماع ولهذا يفسد به الصوم ولو لم ينزل لم يفسد وإن كان
حراما لأنه ليس في معنى الجماع ولهذا لا يفسد به الصوم فإن قيل هلا جعلت نفس المباشرة مفسدة من غير إنزال بظاهر
قوله تعالى ولا تباشروهن وذلك يتحقق في الجماع فيما دون الفرج أجيب بأن المجاز وهو الجماع لما كان مرادا
بطل أن تكون الحقيقة مرادة ولأن الاعتكاف معتبر بالصوم فيها ونفسها لم يفسد الصوم فكذا الاعتكاف
قال ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام أي ومن قال علي أن أعتكف عشرة أيام يلزمه بلياليها
متتابعة أما لزومها بلياليها فلما ذكر أن الأيام على سبيل الجمع يتناول ما بإزائها من الليالي إلى آخره فإنها
ما بإزائها من الأيام والمراد بلياليها إذا حلف لا يتكلم ثلاثا نهارا أو عشرة أيام كان ذلك على الأيام والليالي
ألا ترى إلى قصة زكريا عليه السلام حيث قال أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا وقال ألا تكلم الناس ثلاث ليال
سويا والقصة واحدة وقوله وقوله على سبيل الجمع يدفع ما يقال قد تقرر في أصول الفقه أن اليوم إذا قرن
لفعل ممتد يراد به بياض النهار خاصة والاعتكاف فعل ممتد فيجب أن يراد بالأيام النهر دون الليالي
وإلا لانتقض القاعدة ووجه ذلك أن الفرق جار على ما ذكرنا حتى لو قال علي أن أعتكف يوما اختص
ببياض النهار كذا في التحفة وأما التتابع فلما ذكر أن مبنى الاعتكاف على التتابع إلى آخره وإن نوى الأيام خاصة
صحت نيته لأنه نوى الحقيقة فإن قيل الحقيقة منصرف اللفظ بدون قرينة أو نية فما وجه قوله لأنه نوى الحقيقة
فإن قيل لحقيقة قلت كأنه اختار ما ذهب إليه بعض أن اليوم مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت
وأما معنى المشترك تحتاج إلى ذلك لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة وعلى تقدير أن يكون مجازا في مطلق الأكثر
وهو أنه مجاز في مطلق الوقت فحوله أن ذكر الأيام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة كما تقدم فيحتاج إلى النية دفعا
للصارف عن الحقيقة لا للدلالة عليها وقوله ومن أوجب على نفسه اعتكاف يومين ظاهر وقوله أبو يوسف قال في
النهاية كان من حقه أن يقول وعن أبي يوسف لما أن هذه الرواية غير ظاهرة عنه والدليل على هذا قوله
بعده وجه الظاهر وقوله لأن المثنى غير الجمع ظاهر ولما كان كذلك كان لفظ المثنى والفرد سواء ولو قال
أن أعتكف يوما لم يدخل ليلته بالاتفاق فكذا في التثنية إلا أن الليلة الوسطى تدخل لضرورة اتصال البعض الآخر
بالبعض وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الأولى فإن قيل لما كان المثنى غير الجمع وجب أن لا يكتفى في الجمعة
بالاثنين سوى الإمام وقد اكتفي كما تقدم في باب الجمعة أجيب بأن الأصل ما ذكرت ههنا لأن فيه العمل بالوجهين
الوضع له والجمع إلا أنه وجدت في الجمعة معنى لم يوجد في غيره وهو أنها سميت جمعة لمعنى الاجتماع وفي الجماعة
والتثنية ذلك فكانت التثنية في تحقق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفيت بها ووجه الظاهر الرواية أن في المثنى معنى
الجمع لاجتماع فرد وفرد بينه فيلحق بالجمع احتياطا لأمر العبادة وفيه تلويح إلى أنهما إنما لم يلحقا المثنى بالجمع في الجمعة

لعدم الاحتياط في ذلك لان الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه بيقين وذلك في الالحاق بغير يقين لان الجماعة
شرط على مذهب بالاتفاق وفي كون الثلثة بمعنى الجمع تردد لتجاذب الفرد والجمع اياه وهي بينهما وفي اشتراط الجمع لاداء
في الخروج فكان شرطا واما في الاعتكاف ففي الحاقه بالجمع خروج عنها بيقين لان ايجاب الليلتين مع
يومين احوط من ايجاب يومين بليلة واحدة وهو ظاهر والله تعالى اعلم

كتاب الحج

لما ترتبت العبادات المتقدمة ذلك الترتيب لما ذكرت عند كل كتاب تأخر الحج الى هنا ضرورة لان ما تعبد به اما
يكون من المعاملات او غيرها والعبادة متفق منه والحج في اللغة القصد وفي الشريعة زيارة البيت على وجه التعظيم
ثم انه فرض على كل حر بالغ عاقل صحيح اذا قدر على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله
الى حين عوده وكان الطريق آمنا وانما عدل المصنف عن الافراد الى الجمع في قوله الاحرار الى آخره نظرا
الى قوله فانه لا يتادى الا بجمع عظيم وانما وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة كما صنع بالزكوة وقد ذكرنا
وجهه هناك ويجوز ان يكون معناه ثابت اذ لا دلالة للوجوب تدل على ذلك وفريضته ثبتت بالكتاب وهو
قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية وقال لهم ايها الناس حجوا البيت الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال
لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت لاضافته اليه يقال حج البيت والاضافة دليل السببية وانه لا يتعدد
البيت فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي حنيفة حتى ان من اخره بعد اجتماع الشرائط اثم رواه عنه
بشر والمعلى عن ابي حنيفة ما يدل عليه اي الفور وهو ما ذكره ابن شجاع عنه انه سئل عن رجل له ما يحج به ام يتزوج
فقال بل يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور ووجه دلالته على ذلك ان في التزوج تحصين النفس
الواجب على كل حال والاشتغال بالحج يفوته ولو لم يكن وجوبه على الفور لما امر بما يفوت الواجب مع امكان حصوله
في وقت اخر لما ان المال غاد ورائح وعند محمد والشافعي على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة فكما
انه جاز في اخر الوقت يجوز الحج في اخر العمر انه الحج وهذا الدليل لمحمد لانه يقول يجوز تاخيره مكلفا وهو ان لا
يفوته بالموت فان فوته اثم واما الشافعي فانه يقول لا باس بالتاخير وان مات فلم يكن عنده كوقت الصلوة ووجه
الاول يعني قول ابي يوسف ان الحج مختص بوقت خاص من كل عام وهو اشهر الحج وكل ما اختص بوقت خاص وقد فات
عن وقته لا يدرك الا بادراك ذلك الوقت بعينه والانسان لا يكون مختصا به وذلك مدة طويلة يستوي فيه الحيوة والممات
لان الموت في سنة واحدة مشتملة على الفصول الاربعة المتضادة المزاج غير نادر فيضيق احتياطا لا تحقيقا وانما قال
ذلك لئلا يرد عليه انه لو كان متضيقا لوجب ان يكون بعد العام الاول قضاء وليس كذلك فان التضييق اذا كان
احتياطا لا يلزم ذلك والدليل على هذا التوجيه قوله ولهذا كان التعجيل افضل يعني بالاتفاق فان الاستدلال
بالافضلية على الوجوب مما لا يكاد يصح وقوله بخلاف وقت الصلوة جواب عن قوله كالوقت في الصلوة وثمرة
الاختلاف لا تظهر الا في حق الاثم خاصة واما ان الواقع في العام الثاني اداء كما في الاول فان التطوع في العام الاول
جائز فلا ينكره احد وتمام هذا البحث موضعه اصول الفقه وانما شرطت الحرية والبلوغ لقوله صلى الله عليه
وسلم ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام والفرق بين الحج والصوم والصلوة ان الحج يحتاج الى
الزاد والراحلة والعبد لا يملك من المال شيئا والصوم والصلوة ليس كذلك وان حق المولى في الحج
يفوت في مدة طويلة فيقدم حق العبد على حق الله بخلاف الصوم والصلوة وقوله والعقل لبيان اشتراط
وقوله وكذا صحة الجوارح لبيان اشتراط الصحة لان العجز بدونها لازم وقوله والاعمى يعني ان الاعمى اذا
ملك الزاد والراحلة وان لم يجد قائدا لا يلزمه الحج في قولهم وهل يجب الاحجاج بالمال عند ابي حنيفة
لا يجب وعندهما يجب وان وجد قائدا وقد عبر عنه المصنف بقوله من يكفيه مؤنة سفره فعند ابي حنيفة لا يجب
كما لا يجب الجمعة وعن صاحبيه فيه روايتان فرقا على احدى الروايتين بين الجمعة والحج فان الاعمى لو وجد القائد الى

الجمعة ليس بنادر بل هو غالب فلزمه ولا كذلك القائد الى الحج وقوله واما المقعد فعن ابي حنيفة ظاهر
الرواية عنه في الزمن والمفلوج والمقعد ومقطوع ان الحج لا يجب عليهم وان ملكوا الزاد حتى لا يجب
عليهم الاحجاج بما لهم لان الاصل لما لم يجب لم يجب البدل وهو رواية عنهما وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وقوله وعن محمد ظاهر وقوله ولا بد من القدرة بيان لقوله
اذا قدروا على الزاد والراحلة ونعني به القدرة بطريق الملك او الاستيجار بان يقدر على ما يكترى
شق محمل بفتح الميم الاول وكسر الثاني اي جانبه لان للمحمل جانبين ويكفي للراكب احد جانبيه والراحلة البعير
يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه من رمل التي حملة يقال لها بالفارسية سرباري وقدر النفقة ذاهبا
وجائيا يعني بعد الراحلة نفقة وسط بغير اسراف وتقتير وهذا لانه صلى الله عليه وسلم سئل عن السبيل الى
فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة اي ما يتعاقبان عليه في الركوب فرسخا بفرسخ او منزلا
منزلا فلا حج عليه لعدم الراحلة اذ ذاك في جميع السفر وقوله ويشترط ان يكون اي ما يقدر به على الزاد
والراحلة فاضلا عن المسكن بيان لقوله في اول البحث فاضلا وهو هناك منصوب على الحال من الزاد والراحلة
وقيد بالمسكن والخادم اشارة الى ما ذكر ابن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه وما اشبه ذلك
يجب عليه ان يبيعه ويحج به **وقوله** واثاث البيت يعني كالفراش والبسط والات الطبخ وثيابه اي ثياب
بدنه وفرسه وسلاحه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية والمشغولة بها كالمعدوم وقوله وحق
العبد مقدم على حق الشرع بامره قال الله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقوله
وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ظاهر ولا بد من امن الطريق وهو ان يكون الغالب فيه السلامة
وتوسط البحر عذر لان شرط وجوبه الاستطاعة ولا استطاعة بدون الامن ثم اختلف المشايخ فيه على قول ابي
حنيفة رضي الله عنه انه شرط لنفس الوجوب او وجوب الاداء فمنهم من ذهب الى الاول لما مر ان الاستطاعة
لا يثبت بدونه وهو مروي عنه ومنهم من ذهب الى الثاني لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة
لا غير وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن الطريق آمنا فعند الاول لم
لا يلزمه الوصية وعند الاخرين يلزمه والله اعلم

فصل

ويعتبر للمرأة ان يكون لها محرم او
زوج يحج بها الاختلاف المار في امن الطريق في كونه شرط الوجوب او شرط الاداء ثابت في محرم المرأة
والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التأبيد لقرابة او رضاع او صهرية ولا يجوز للمرأة ان تحج اذا لم يكن
معها محرم او زوج اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام شابة كانت او عجوزا وان لم يكن لها محرم او زوج
لا يجب عليها التزوج للحج كما لا يجب على الفقير اكتساب المال لاجل الحج والزكوة وقال الشافعي لها ان تحج
في رفقة معها نساء ثقات لحصول الامن عن الفتنة بالمرافقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تحجن امرأة
الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها فضلا عن حصول
الامن وعورض بان المهاجرة تخرج الى دار الاسلام بدونهما والمحرم ليس من اركان الحج فلا تخرج
للحج وهو منها اولى واجيب بان ذلك ضرورة الخوف على نفسها الا ترى انها اذا وصلت الى جيش من
المسلمين في دار الحرب حتى صارت امنة لم يكن لها بعد ذلك ان تسافر بدون محرم فان قيل فسر النبي
صلى الله عليه وسلم السبيل بالزاد والراحلة ولم يذكر المحرم اجيب بان ذلك حجة من جعله شرط الاداء
ومن جعله شرط الوجوب قال لم يذكره لان السائل كان رجلا فان قيل لا نسلم ان الفتنة تزداد بانضمام غيرها
اليها فان المبتوتة اذا اعتدت في بيت الزوج يحال له نفقة حائل ولم يكن انضمامها اليها فتنة اجيب بان
انضمام المرأة اليها بعينها على ما تزداد بمشاورتها وتعلم ما عسى تعجز عنه بدونها واما لو لم يكن في المعتدة
كذلك لان الاقامة موضع امن وقدرة على دفع الفتنة وفيه نظر لان مثلها لا تعد ثقة والكلام فيها ولا تحج

السند ناقض جواب المنع والاولى ان يقال هن ناقصات دين وعقل فلا يؤمن ان تخادع فيكون عليها لا لها لافساد فتوسط في التوطين والتمكين فيحترز عن دفعها في السفر وهذا المعنى معدوم في الحضر لامكان الاستعانة وقوله بخلاف ما اذا كان متصلا يقول اذا ابلغها وبين مكة ثلثة ايام وهو واضح وكذا قوله وان وجدت محرما ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض الا ترى انه لا يمنعها من صيام شهر رمضان والصلوات والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولهذا له ان يحللها من ساعته وقوله وان كان المحرم فاسقا ظاهر واذا بلغ الصبي بعدما احرم فمضى لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل لعدم الخطاب وشرط الوجوب في حقهما فلا ينقلب لاداء الفرض واعترض بان الاحرام شرط على ما نذكره كالطهارة والشرط يراعى وجوده قصدا ان الصبي اذا توضأ ثم بلغ بالسن فصلى بتلك الطهارة جازت صلوته فما بال الحج لم يجز بذلك الاحرام والجواب ان الاحرام عندنا انما يكون بالنية على ما يأتي وبها يصير شارعا في افعال الحج فصار كصبي توضأ وشرع في الصلوة وبلغ بالسن فنوى ان يكون تلك الصلوة فرضا لا ينقلب اليها ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد اذا فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية ولهذا لو تناول محظورا لم يلزمه شيء واذا كان كذلك جاز الفسخ والشروع في غيره واما احرام العبد فلازم لكونه مخاطبا ولهذا لو اصاب صيدا كان عليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه بقتل الصيد وهو ليس من اهل التكفير بالمال فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره وانما طريق خروجه من ذلك اداء الافعال فسواء جدد التلبية او لم يجدد فهو باق على ذلك الاحرام فلا يجزيه عن حجة الاسلام

فصل

لما فرغ عن ذكر من يجب عليه الحج وذكر شروط الوجوب وما يتبعها شرع في بيان اول امكنة يبتدأ فيها بافعال الحج وهو المواقيت التي لا يجوز ان يجاوزها الانسان الا محرما والمواقيت جمع الميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان كما استعير المكان للوقت في قوله تعالى هنالك الولاية والمواقيت خمسة كما ذكر في الكتاب وقوله هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء قيل عليه كيف كان التوقيت لاهل العراق والشام ولم يكونوا مسلمين واجيب بانه صلى الله عليه وسلم بطريق الوحي انما علم وقت لهم على ذلك وقوله وفائدة التأقيت واضح وقوله على قصد دخول مكة قيده بذلك لانه لو لم يقصد ذلك ليس عليه ان يحرم قال في النهاية اعلم ان البيت لما كان معظما مشرفا جعل له حصن وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم حرم وهو المواقيت حتى لا يجوز لمن دونه ان يجاوزه الا باحرام تعظيما للبيت والاصل فيه ان كل من قصده مجاوزة ميقاتين لا يجوز الا باحرام ومن قصد مجاوزة ميقات واحد حل له بغير احرام بيانه ان من اتى ميقاتا بنية الحج او العمرة او دخول مكة لحاجة لا يجوز دخوله الا باحرام لانه قصد مجاوزة ميقاتين ميقات اهل الافاق وميقات اهل الحل والحيلة لمن اراد من الافاقي دخوله بغير احرام ان يقصد بستان بني عامر او غيره من الحل فلا يجب الاحرام لانه قصد مجاوزة ميقات واحد **وقوله** عندنا اشارة الى خلاف الشافعي فان عنده ان الاحرام يجب عند الميقات على من اراد دخول مكة للحج والعمرة فاما من اراد دخولها لقتال فليس عليه الاحرام قولا واحدا لان النبي صلى الله عليه وسلم دخلها يوم الفتح بغير احرام وله في الداخل للتجارة قولان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة لا لانه شرط للحج بدليل ان من كان داخل الميقات يحرم من دويرة اهله وتعظيمها لم يختلف بالنسبة الى الحاج وغيره فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما وما رواه الشافعي من خصوصياته عليه السلام كما قال في خطبته يوم الفتح ان مكة حرام حرمها الله تعالى يوم خلق السموات والارض وانها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار الى يوم القيمة وقوله ومن كان داخل الميقات ظاهر والاصل انه صلى الله عليه وسلم رخص للحطابين دخول مكة بغير احرام وكذلك قوله فان قدم الاحرام ظاهر قيل اتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهله تعظيما للكعبة كذا قاله علي وابن مسعود يعني اتمامهما ان يحرم من دويرة اهله وروي عن عمار مثله وقيل اتمامهما ان يفرد لكل واحد منهما سفرا كما قال محمد حجة كوفية وعمرة كوفية افضل

والافضل

والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وقال الشافعي الاحرام من الميقات افضل لان الاحرام عنده من الاداء وعن قوله وعن ابي حنيفة ظاهر وقوله ومن كان داخل الميقات فوقته اي موضع احرامه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لا الحل الذي هو خارج الميقات لانه يجوز احرامه من دويرة اهله لما تلونا فلو كان المراد بالحل ما هو خارج الميقات لما جاز ان يحرم من دويرة اهله وحيث جاز له ذلك جاز ان يحرم من اي موضع شاء من الحل لان ما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد وقوله ومن كان بمكة ظاهر وقوله لورود الاثر به اراد به قوله واعمر اخاك عائشة ان يعمرها من التنعيم والله اعلم

باب الاحرام

لما فرغ من ذكر المواقيت ذكر كيفية الاحرام الذي يفعل في تلك المواقيت والاحرام لغة مصدر احرم اذا دخل في الحرم كاشتى اذا دخل في الشتاء وفي عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة فان من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلوة والحج ومنها ما ليس له ذلك كالصوم والزكوة واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه صلى الله عليه وسلم اغتسل لاحرامه وقوله الا انه استثناء من قوله الغسل افضل وكانه يدفع ما يتوهم ان الغسل اذا كان افضل وجب ان لا يقوم غيره مقامه فقال الا انه للتنظيف حتى يؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها لما روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان اسماء قد نفست فقال مرها فلتغتسل ولتحرم بالحج ومعلوم ان الاغتسال الواجب لا يتأدى مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة وكل غسل كان لمعنى النظافة يقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة والعيدين لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره اي آثره على الوضوء وضعف تركيبه لا يخفى على المتامل ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء وفي ذكر الجديد نفي لقول من يقول بكراهة لبس الجديد عند الاحرام والازار من الحقو اي الخصر والرداء من الكتف لانه صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدى اي لبس الازار والرداء ويدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر ويبقي كتفه الايمن مكشوفا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره ولا شيء عليه وقوله فانه ممنوع عنه ظاهر وقوله لانه اقرب الى الطهارة لانه لم يصبه النجاسة ظاهر او مس طيبا ان وجد اي طيب كان في ظاهر الرواية وروى المعلى عن محمد انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام كالمسك والغالية قال محمد كنت لا ارى به بأسا حتى رأيت قوما احضروا طيبا كثيرا ورأيت امرا شنيعا فكرهته وهو قول مالك والشافعي رحمهم الله لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام لانه اذا عرق ينتقل الى موضع آخر من بدنه فيكون ذلك بمنزلة التطيب ابتداء بعد الاحرام في الموضع الثاني يؤيده ما روي انه عليه السلام اتى اعرابيا عليه خلوق فقال اغسل عنك هذا الخلوق ووجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله لاحرامه قبل ان يحرم وفيه نظر لجواز ان يكون ذلك الطيب مما لا يبقى اثره بعد الاحرام والمكروه ذلك والجواب ان من جملة حديث عائشة رضي الله عنها اقتصر على ذكره ولان الممنوع عن المحرم التطيب والثاني كالتابع له لاتصاله ببدنه ولا حكم للتبع فيكون بمنزلة العدم بخلاف الثوب المخيط اذا لبس قبل الاحرام وبقي على ذلك بعده فانه يكون ممنوعا ويكون كاللابس ابتداء حتى يلزمه الجزاء كالانه مباين عنه فلا يكون تابعا وعن هذا اذا حلف لا يتطيب فدام على طيب كان في جسده لا يحنث واذا حلف لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه حنث وحديث الاعرابي محمول على انه كان على ثوبه لا على بدنه والله اعلم

قال وصلى ركعتين اذا اراد الاحرام صلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه وروى عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اتاني آت من ربي بالعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك ركعتين وقل لبيك بحجة وعمرة معا ويقرأ فيهما ما شاء وان قرأ بفاتحة الكتاب وقل يا ايها الكافرون وفي الثانية بفاتحة الكتاب وقل هو الله احد

تبركاً بفعله عليه السلام فهو أفضل قال يعني محمداً وقال يعني الذي يريد الحج اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله
مني قال في النهاية وفي بعض النسخ لم يذكر قال الأول والحق حديث جابر أن النبي صلى الله عليه بذي الحليفة وقال أي
النبي عليه السلام والصحيح هو الأول لأنه هو المثبت في الكتب المتفقة عن الأساتذة وقوله لأن أداءها أي أداء
هذه العبادة تعليل لسؤال التيسير وقوله ثم يلبي يريد من أراد الحج عقيب صلاته اختلف الرواة في وقت تلبية
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عباس رضي الله عنهما لبى دبر صلاته
وقال ابن عمر رضي الله عنهما لبى حين استوى على راحلته وذكر جابر أنه لبى حين علا البيداء وابن عمر رضي الله عنهما رد هذا
فقال بيداؤكم هذه التي تكذبون فيها على رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما لبى حين استوى على راحلته وروي عن سعيد بن جبير
رحمه الله قلت لابن عباس كيف اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم وما حج إلا مرة واحدة
فقال لبى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دبر صلاته فسمع ذلك قوم من أصحابه فنقلوا وكان القوم يأتونه إرسالاً
فلبى حين استوت به راحلته فسمع قوم فظنوها أول تلبية فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا البيداء فسمعه قوم آخرون
فظنوها أول تلبية فنقلوا ذلك وايم الله ما أوجبها إلا في مصلاه فقلنا بأن الإتيان بقول ابن عباس أفضل لأنه
أكد رواية بالبيمن والإتيان بقول ابن عمر وجابر وقوله وإن كان مفرداً بالحج ظاهر **وقوله** والتلبية أن يقول
لبيك اللهم لبيك وهو من المصادر التي يجب حذف فعلها لوقوعه مثنى واختلفوا في معناه فقيل مشتق من ألب
الرجل إذا أقام في مكان فمعنى لبيك أقيم على طاعتك إقامة بعد إقامة لأن التثنية ههنا للتكرار والتكثير وقيل
مشتق من قولهم امرأة لبة أي محبة لزوجها فمعناه محبتي لك يا رب وقيل من قولهم داري تلب دارك أي تواجهها
فمعناه اتجاهي لك مرة بعد أخرى والأول أنسب وقوله إن الحمد بكسر الألف لا بفتحها فكذا رواه عمر وابن
مسعود رضي الله عنهما في صفة تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** ليكون ابتداء أي غير متعلق بما قبله
لأن بناء إذا فتح صفة الأولى قيل مراده الحقيقة وهي المعنى القائم بالذات لا الصفة النحوية وتقديره البناء أن
الحمد والنعمة لك أي وأنا موصوف بهذا القول وقيل المراد به التعليل لأنه يكون تقديراً للأمر أي لبي لأن الحمد
وفيه بعد وقيل مراده أنه صفة التلبية أي التي تلبيتها هي أن الحمد لك وعلى هذا إنما من كسر الهمزة فقد عم ومن فتحها
فقد خص **وقوله** وهو أي ذكر التلبية إجابة لدعوة الخليل عليه السلام على ما هو المعروف في القصة وهي ما
روي أن الخليل صلوات الله عليه وسلم لما فرغ من بناء البيت أمر بأن يدعو الناس إلى الحج فصعد أبا قبيس وقال
ألا إن الله تعالى أمر ببناء بيت له وقد بني ألا فحجوه فبلغ الله صوته الناس في أصلاب الرجال وأرحام أمهاتهم
فمنهم من أجاب مرة ومرتين وأكثر من ذلك على حسب جوابهم يحجون وبمؤيد هذا قوله تعالى وأذن في الناس
بالحج يأتوك رجالاً فالتلبية إجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه وسلامه ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا اللفظ
وغيره من الثناء والتسبيح والعربي والفارسي أما على قول أبي حنيفة فظاهر لتجويزه ذلك في تكبيرة الافتتاح
وفرق بينهما بأن غير الركن ههنا وهو تقليد الهدي قام مقامه فكذلك غير العربي يقوم مقامه بخلاف
الصلاة وبعد ذا فرق أبو يوسف ها بين الصلاة والتلبية ولكن العربية أفضل **وقوله** ولا ينقص عنه
قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل لو قال اللهم ولم يزد عليه كان على الاختلاف الذي ذكرنا في الشروع في الصلاة
ممن قال يصير به شارعاً في الصلاة قال يصير به محرماً ومن قال لا فلا وقوله ولو زاد فيها جاز ظاهر وقوله
زاد وأعلى المأثور قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أحرم الناس لو طال بهم العهد لبيك عدد التراب
لبيك وأراد بالعهد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزاد في رواية لبيك حقاً حقاً تعبداً ورقاً لبيك
عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك لبيك إله الخلق لبيك لبيك والرغبا إليك لبيك من عبيد آبق لبيك
وقوله لأن المقصود الثناء ظاهر والجواب عن التشهد والأذان أن التشهد في تعليمه زيادة تأكيد قال ابن
مسعود رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد والأذان أن التشهد في تعليمه زيادة

تأكيد

تأكيد قال ابن مسعود رضي الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا سورة من القرآن
فالزيادة تخل به بخلاف التلبية لأنها للثناء من غير تأكيد في تعليم نظمه فلا تخل بها الزيادة والأذان للإعلام
وقد صار معروفاً بهذه الكلمات فلا يبقى إعلاماً بغيرها وليس في المسألة كبير خلاف فإنه جعل المنقول أفضل
في رواية قال في شرح الوجيز لا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم بل يكون مكروهاً ونحن
لا ننكره هذا كذا في الأسرار **قال** وإذا لبى فقد أحرم يعني من أراد الإحرام إذا نوى ولبى فقد أحرم
ولا يصير شارعاً بالإحرام بمجرد النية ولا بمجرد التلبية أما الأول فلأن العبادة لا تتأدى إلا بالنية إلا أن الفعل
لم يذكرها لتقدم الإشارات إليها في قوله إني أريد الحج وأما الثاني فلأنه عقد على الأداء أي على أداء عبادة
تشتمل على أركان مختلفة وكل ما كان كذلك فلا بد للشروع فيه من ذكر يقصد به التعظيم سواء كان التلبية أو
غيرها عربياً أو غيره في المشهور كما ذكرنا أو ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدي فإنه يقوم مقامه في حصول
المقصود وهو إظهار الإجابة للدعوة وقال الشافعي في أحد قوليه يصير شارعاً بمجرد النية لأنه التزام الكف
عن ارتكاب المحظورات وكل من كان كذلك يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصوم والجواب أنا لا نسلم أنه في
الإحرام التزام الكف بل التزام أداء الأفعال والكف ضمني لأنه من محظورات الحج بخلاف الصوم فإن الصوم
الكف فيه ركن فكان التزامه قصدياً وقوله ويتقي ما نهى الله ظاهر **وقوله** فهذا نهي بصيغة النفي إنما قاله
لئلا يلزم الخلف في كلام الشرع لوجوده من بعض وإنما قال بحضرة النساء لأن ذكر الجماع في غير حضورهن ليس من الرفث
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه أنشد في إحرامه • وهن يمشين بنا هميسا • إن تصدق الطير ننك لميسا
فقيل له أترفث وأنت محرم فقال إنما الرفث ما كان بحضرة النساء ومعنى قوله تعالى لا تقتلوا الصيد
وأنتم حرم لا تقتلوا الصيد وأنتم محرمون وقوله ولا يشير إليه الإشارة تقتضي الحضرة والدلالة تقتضي الغيبة
وقوله ولأنه أي المذكور من الإشارة والدلالة والإعانة إزالة الأمن عن الصيد لأنه آمن بتوحشه وبعده
عن الأعين وهو حرام وقوله ولا يلبس قميصاً ظاهر وقوله قال في محرم توفي هو الأعرابي الذي وقصت به
في أخاقيق جرذان وهو محرم فمات والوقص كسر العنق والأخاقيق شقوق في الأرض والجرذان جمع جرذ وهو
ضرب من الفأر فإن قيل كيف يتمسك أصحابنا بهذا الحديث وقصته ومذهبنا على خلاف حكم هذا الحديث في محرم توفي
في إحرامه حيث يصنع به ما يصنع بالحلال من تغطية رأسه ووجهه بالكفن خلافاً للشافعي وهو يتمسك هناك بهذا
أجيب بأن الحديث فيه دلالة على أن للإحرام تأثيراً في ترك تغطية الرأس والوجه فإنه عليه السلام علل لترك
التغطية بأنه يبعث ملبياً والحجة لنا في تغطية رأس المحرم ووجهه إذا مات ما روى عطاء أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم سئل عن محرم مات فقال خمروا رأسه ووجهه ولا تشبهوا باليهود ولقائل أن يقول لو كان للإحرام
تأثير في ترك تغطية الرأس والوجه لما أمر بتخميرهما وقوله ولأن المرأة لا تغطي وجهها ظاهر وقوله
وفائدة ما روي يعني إحرام الرجل في رأسه وإحرام المرأة في وجهها الفرق في تغطية الرأس يعني الفرق
بين إحرامي الرجل والمرأة بحيث يجوز للمرأة تغطية الرأس ولا يجوز للرجل ذلك لا أن يغطي الرجل وجهه
في الإحرام **وقوله** ولا يمس طيباً الطيب ما له رائحة طيبة لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل والشعث
بالكسر نعت وبفتحها مصدر وهو انتشار الشعر وتغيره لقلة التعهد والتفل من التفل وهو ترك الطيب حتى يوجد
منه رائحة كريهة وكذا الأذفر لما روينا يعني الحج الشعث التفل **قال** ولا يحلق رأسه المحرم
لا يحلق شعره مطلقاً لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم الآية وهو بعبارته ينهى عن حلق الرأس وبدلالته عن حلق
شعر البدن لأن شعر الرأس إنما نهي الأمن عن إزالته لكونه زينة ارتفاقاً يحصل الارتفاق بإزالته وهذا المعنى
موجود في شعر البدن فيلحق به دلالة وقوله ولا يقص ظفره ظاهر وقوله وقضاء التفث يعني إزالة
الوسخ والورس صبغ أصفر وقيل نبت طيب الرائحة وفي القاموس الورس شيء أحمر قاني يشبه سحيق الزعفران

ومو مجلوب من اليمن وقوله لا ينفض اي لا يوجد منه رائحة الورس والزعفران والعصفر وعن محمد أن لا يتعدى أثر الصبغ الى غيره او لا يفوح منه رائحة الطيب والثاني مختار المصنف لانه قال لان المنع للطيب لا للون واعترض على المروي عن الهندواني وهو ينفض على بناء الفاعل لانهم يقولون نفضت الثوب انفضه نفضا اذا حركته ليسقط ما عليه والثوب ليس بنافض وانكر هذه الرواية وقيل بل هي على بناء المفعول ولئن كانت اسنادا مجازيا وقال الشافعي لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له فلا يكون في معنى ما ورد به الحديث وهو الورس والزعفران ليلحق به وقلنا حديث الورس دليل في العصفر بالاولوية لانه فوق الورس في طيب الرائحة وهو مذهب عائشة رضي الله عنها وقوله ولا بأس بان يغتسل ظاهر والهميان معروف وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير وسئلت عائشة رضي الله عنها هل يلبس المحرم الهميان فقالت استوثق في نفقتك بما شئت ولانه ليس في معنى لبس المخيط والمنهي عنه الاستمتاع بلبس المخيط ولو تعلق بنده الازار والرداء بحبل او غيره فانه مكروه بالاجماع وليس في معنى لبس المخيط ومما اذا عصب العصابة على رأسه فانه مكروه فلو فعله يوما كاملا لزمه الصدقة وليس في معنى لبس المخيط واجيب عن الاول بان الكراهة فيه ثبتت بنص ورد فيه وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد شد فوق ازاره حبلا فقال له الق هذا الحبل ويلك وعن الثاني بان لزوم الصدقة انما هو باعتبار تغطية بعض الرأس بالعصابة والمحرم ممنوع عن ذلك الا ان ما يغطيه جزء يسير يكتفى فيه بالصدقة وقوله لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس قيل لو حد هذا من المحشين لكان الخليقة فوجب الدم عند ابي حنيفة اذا غسل رأسه بالخطمي فانه لو ذاته وان لم يكن ذكية وفي قول ابي يوسف عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان ولكنه يقتل الهوام **قال** ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا الحرم يكثر التلبية في عمومه على ما ذكر في الكتاب وروى الاعز عن حنيفة رضي الله عنه عندنا وهو ما استعطف الرجال والحنا والتعليل الكتاب ظاهر وقوله ويرفع صوته بالتلبية المستحب عنده في الدعاء والاذكار الاخفاء الا ما يتعلق بالاعلام مقصودة كالاذان والخطبة وغيرها والتلبية للاعلام بالشروع فيما هو من اعلام الدين فكان رفع الصوت بها مستحبا وقوله واذا دخل مكة ... وقوله وان ترك المنقول منها الى من الدعوات حسن ومن المنقول ... اذا وقع بصره على البيت يقول اللهم زد بيتك تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ومهابة وزد من شرفه وكرمه وعظمه ممن حجه او اعتمره تشريفا وتكريما وتعظيما ومهابة بسم الله والله اكبر وعن عطاء ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول اذا لقي البيت اعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر قوله ثم ابتدأ بالحجر ظاهر وقوله واستلمه يقال استلم الحجر تناوله باليد او بالقبلة او مسحه بالكف من السلمة بفتح السين وكسر اللام وهي الحجر وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وروي ان عمر رضي الله عنه في خلافته اتى الحجر الاسود ووقف فقال اما اني اعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم استلمك ما استلمتك فبلغ مقالته عليا رضي الله عنه فقال ان الحجر ينفع فقال له عمر وما منفعته يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى لما اخذ الذرية من ظهر آدم وقررهم بقوله تعالى ألست بربكم قالوا بلى اودع اقرارهم الحجر من لسان الحجر فهو يجدد العهد بذلك الاقرار والحجر يشهد له يوم القيمة فقال له انك رجل ابدا اي قوي والعرجون اصل الكباسة وقوله واستلم الاركان يعني الحجر الاسود والركن اليماني وانما جمعه باعتبار تكرار الاشواط وانما قلناه لانه ذكر في الكتاب بعد هذا بانه لا يستلم غيرهما والمحجن بكسر الميم وفتح الجيم عود معوج الرأس كالصولجان وقوله وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل قيل يجعل باطن كفيه الى الحجر دون السماء كما كان يفعل في سائر الادعية لان في حقيقة الاستلام يجعل باطن كفيه الى الحجر فكذا في البدل وقوله ثم اخذ عن يمينه بيان لمبدأ الطواف وهو من الحجر فان افتتح من غيره لم يذكره محمد في الاصل واختلف المتأخرون فيه فقال بعضهم لا يجوز وهكذا ذكر في الرقيات ووجهه ان الامر بالطواف

محمد

محمول في حق البداية فالتحق بفعل النبي صلى الله عليه وسلم بيانا له فيفترض البداءة به وقال آخرون يجوز لان الامر بالطواف مطلق لكن السنة ما ذكر في الكتاب وانما قيد باليمين لانه لو اخذ عن يساره وهو الطواف المنكوس فطاف كذلك سبعة اشواط يعتد بطوافه عندنا ويعيد ما دام بمكة وان رجع الى اهله قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي لا يعتد بطوافه وقوله وقد اضطبع رداءه قال في المغرب الصواب بردائه وفي الصحاح انما سمي هذا الضبع بذلك لابداء الضبعين وهو التأبط ايضا وقوله في حديث عائشة يعني ما روي ان عائشة رضي الله عنها نذرت ان فتح الله مكة على رسوله ان تصلي في البيت ركعتين فاخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها وادخلها الحطيم وقال صلي هنا فان الحطيم من البيت الا ان قومك قصرت بهم النفقة فاخرجوه من البيت ولولا حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بناء الكعبة واظهرت قواعد الخليل وادخلت الحطيم في البيت والصقت العتبة بالارض وجعلت لها بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت الى قابل لافعلن ذلك ولم يعش ولم يتفرغ لذلك احد من الخلفاء الراشدين حتى كان زمن عبد الله بن الزبير وكان سمع الحديث فيها ففعل ذلك واظهر قواعد الخليل وبنى البيت على قواعد الخليل بمحضر من الناس وادخل الحطيم في البيت فلما قتل كره الحجاج بناء الكعبة على ما فعله ابن الزبير فنقض بناءها واعادها على ما كان عليه في الجاهلية واذا كان الحطيم من البيت فلا بد من دخوله في الطواف وباقي كلامه واضح **قال** ويرمل في الثلاثة الاول قال ابن عباس رضي الله عنه لا رمل في الطواف وانما فعله النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء وهو انه عليه السلام لما قدم مكة للعمرة عام الحديبية صده المشركون عن البيت فصالحهم على ان ينصرف ثم يرجع في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج فلما قدم في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج فلما قدم في العام الثاني اخلوا له البيت ثلاثة ايام وصعدوا الجبل وطاف رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اصحابه فسمع بعض المشركين يقول لبعض اضناهم حمى يثرب فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم ورمل وقال لاصحابه رحم الله امرأ اري من نفسه قوة فاذا كان ذلك لاظهار الجلادة يومئذ وقد انعدم ذلك المعنى الآن فلا معنى للرمل قلنا ما ذكره ابن عباس هو سببه ولكنه صار سنة بعد ذلك السبب وبقي بعد زواله روى جابر وابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلاث الاول ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع وقوله ويمشي في الباقي على هينته اي على السكينة والوقار وفعله من الهون والرمل من الحجر الى الحجر اي من الحجر الاسود فان زحمه الناس في الرمل قام ووقف ولا يطوف بدون الرمل في تلك الثلاث وقوله ويستلم الركن اليماني اليمن خلاف الشام لانها بلاد على يمين الكعبة والنسبة اليها يمني بتشديد الياء او يمان بالتخفيف على تعويض الالف من احدى يائي النسبة وقوله حسن يعني مستحب وقوله ثم يأتي المقام اي مقام ابراهيم عليه السلام وهو الحجر الذي فيه اثر قدميه وهي واجبة اي الصلوة عند المقام واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب واعترض بوجهين احدهما ان هذا الحديث لا اصل له في كتب الحديث والثاني اي حديث الاعرابي وهو انه عليه السلام حين علم الاعرابي الصلوات الخمس وقال له هل علي غيرهن قال عليه السلام لا الا ان تطوع نافيا رفعه وهو اقوى منه فكيف يفيد الوجوب واجيب عن الاول بان الراوي اذا كان عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه وعن الثاني بان حديث الاعرابي متروك الظاهر فانا اجمعنا على ان صلوة الجنازة وصلوة العيدين واجبة وليس في الحديث بيانها ويحتمل ان يكون حديث الاعرابي قبل هذا الحديث وقوله وهذا الطواف طواف القدوم هذا الطواف له اربعة اسماء طواف القدوم وطواف التحية وطواف اللقاء وطواف اول العهد **وقوله** وهو سنة ظاهر وقوله وفيما رواه تسميته تحية جواب عن استدلال مالك بالحديث وهذا لان التحية اسم لاكرام يبتدئ به الانسان على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب وان كان صيغة الامر كما في قوله اكرموا الشهود فان قيل فقوله تعالى

نحو ابا حسن منها واراد بلفظ التحية ورد السلام واجب اجيب بان المأمور به الاحسن وهو ليس بواجب سلمنا لكن ذكر لفظ التحية ثم يطوف للمشاكلة وقوله وليس على اهل مكة ظ وقوله ثم يخرج الى الصفا ظاهر وقال في التحفة تاخير السعي بين الصفا والمروة الى طواف الزيارة اولى لكونه واجبا فجعله تبعا للفرض اولى لكن العلماء رخصوا في اتيانه عقيب طواف القدوم لان يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة يوم شغل من الذبح ورمي الجمار ونحو ذلك فكان في جعله تبعا للسنة وهو طواف القدوم تخفيف على الناس وقوله ثم يحط اي ينزل نحو المروة ويمشي على هينته اي على السكينة واذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين روى جابر رضي الله عنه لما صعد النبي عليه السلام الصفا قال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله وحده انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرأ مقدار خمس وعشرين آية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة فلما انصبت قدماه في بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاعز الاكرم وقوله ويفعل كما فعل على الصفا اي من التكبير والتهليل والصلوة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء لحاجته **وقوله** وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة فيه اشارة الى نفي قول الطحاوي انه يطوف بينهما سبعة اشواط من الصفا الى الصفا وهو لا يعتبر رجوعه فلا يجعل ذلك شوطا آخر والاصح ما ذكر في الكتاب لان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفقوا على انه عليه السلام طاف بينهما سبعة اشواط وعلى ما قاله الطحاوي يصير اربعة عشر شوطا كذا في المبسوط فان قيل ما الفرق بين الطواف والسعي حتى كان مبدأ الطواف هو المنتهى دون السعي اجيب بان الطواف دور وانه لا يتاتى الا بحركة دورية فيكون المبدأ والمنتهى واحدا بالضرورة واما السعي فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضي لا يقتضي عوده بل يدلهم وقوله لما روينا اشارة الى قوله وسعى في بطن الوادي وقوله وانما يبدأ بالصفا ظاهر ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن عندنا وقال الشافعي انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي ولنا قوله فلا جناح عليه ان يطوف بهما ووجه الاستدلال ما ذكره ان مثله يستعمل للاباحة كما في قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء وما يستعمل للاباحة ينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه اي عن ظاهر الاية في الايجاب اي تركنا العمل بظاهرها في نفي الايجاب ولم يذكر ما اوجب العدول واختلف فيه الشارحون فمنهم من قال عملا بما رواه لانه خبر واحد يوجب الايجاب ومنهم من قال باول الاية وهو قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فان الشعائر جمع شعيرة وهي العلامة وذلك لكونه فرضا فاول الاية يدل على الفرضية وآخرها على الاباحة فعملنا بهما وقلنا بالوجوب لانه ليس بفرض علما وهو فرض عملا فكان فيه نوع من كل واحد من الفرض والاستحباب وقيل بالاجماع ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به وما رويتم ليس كذلك وقوله ثم معنى ما روى تاويل الحديث وبيانه في قوله كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين كانت فرضا ثم نسخ فكان كتب دالا على الفرضية والجواب ان ذلك ليس بحجة عندنا قال بعضهم لانه ثبت بمنسوخ بنسخ للوارث بين الوصية والميراث والمانع يكفيه ذلك فان قيل ما بال المصنف اعرض عن الاستدلال بحديثه فانه لكونه خبرا واحدا دال على الوجوب من الركنية فالجواب انه انما اعرض عنه لان رواية عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف قاله النسائي ويحيى بن معين والدارقطني وقال احمد احاديثه مناكير وقوله ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يشرع فيه وكل من كان كذلك لا يتحلل قبل الاتيان بافعاله وهذا الزمان بعد وقوله والصلوة خير موضوع فكذا الطواف قيل الا ان طواف التطوع افضل للغرباء وصلوة التطوع لاهل مكة لان الغرباء يفوتهم الطواف ولا تفوتهم الصلوة واهل مكة لا يفوتهم الامران فعند الاجتماع الصلوة افضل

وقوله

وقوله والتنفل بالسعي غير مشروع لانه بالتنصيص هرولة فالتكرار لا يكون الا الاقتصار على الطواف ولا مجال للعقل وقوله فاذا كان قبل يوم التروية بيوم وهو اليوم السابع من ذي الحجة خطب الامام يعني خطبة واحدة من غير ان يجلس بين الخطبتين بعد صلوة الظهر وكذلك في الخطبة الثالثة التي يخطب بمنى واما في خطبة عرفة يجلس بين الخطبتين وهي قبل صلوة الظهر وقوله فالحاصل ان في الحج ثلث خطب ظاهر وقوله فاذا صلى الفجر يوم التروية وهو الثامن من ذي الحجة قيل انما سمي بذلك لان ابراهيم عليه السلام رأى ليلة التروية كان قائلا يقول له ان الله يامرك بذبح ابنك هذا فلما اصبح تروى اي تفكر في ذلك من الصباح الى الرواح امن الله هذا الحلم ام من الشيطان فمن ثمة سمي يوم التروية فلما امسى رأى مثل ذلك فعرف انه من الله تعالى فمن ثمة سمي يوم عرفة ثم رأى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره فسمي اليوم يوم النحر وقيل انما سمي يوم التروية بذلك لان الناس يروون بالماء من العطش في هذا اليوم ويحملون الماء بالروايا الى عرفات ومنى وانما سمي يوم عرفة لان جبرئيل عليه السلام علم ابراهيم المناسك كلها يوم عرفة فقال له اعرفت في اي موضع تطوف وفي اي موضع تسعى وفي اي موضع تقف وفي اي موضع تنحر وترمي فقال عرفت فسمي يوم عرفة وسمي يوم الاضحى به لان الناس يضحون فيه بقرابينهم وقوله ثم يتوجه الى عرفات اي يتوجه من منى بعد صلوة الفجر يوم عرفة الى عرفات اي يتوجه فيقيم بها لما روينا انه عليه السلام راح الى عرفات وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله اي قبل طلوع الشمس وهذا اضمار قبل الذكر وكان من حق الكلام ان يقول ثم يتوجه الى عرفات بعد طلوع الشمس **وقوله** اما لو دفع قبله عليه قال بعض الشارحين ترك هذا القيد سهو من الكاتب وقوله لانه الضمير للشأن وقوله ولا يتعلق بهذا المقام يعني منى حكم من المناسك فيجوز الذهاب قبل طلوع الشمس الى عرفات للوقوف فيها وهو الركن الاعظم لا يقال لم لا يجوز ان يكون المكث فيه الى طلوع الشمس من المناسك كالوقوف بالمزدلفة لان ذلك انما ثبت بدليل منقول ولم يوجد وقوله وينزل بها اي بعرفة مع الناس لان الانتباذ اي الانفراد تجبر وقوله وقيل مراده يعني من قوله مع الناس ان لا ينزل على الطريق وقوله واذا زالت الشمس يعني في عرفات يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعني قبل الصلوة ولفظ يبتدئ يشير الى ذلك وقوله هكذا فعله رسول الله روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه لما زالت الشمس امر بالقصوى فرحلت له فركب حتى اتى بطن الوادي فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر وقوله ولنا ما روينا اشارة الى قوله هكذا فعله رسول الله وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف انه يؤذن بعد الخطبة قبل خروج الامام من الفسطاط فاذا فرغ المؤذن خرج الامام لان هذا الاذان لاداء الظهر كما في سائر الايام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة قال بعض الشارحين وهذا اصح عندي وان كان على خلاف ظاهر الرواية لما صح من حديث جابر قال المصنف والصحيح ما ذكرنا يعني ظاهر الرواية لان النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ووجه الصحيح ان رواية جابر يقتضي الاذان بعد الخطبة وهذه الرواية تقتضيه قبلها فتعارضتا فصرنا الى ما بعدهما من الجمعة وهو القياس على الجمعة ويقيم المؤذنون بعد الخطبة الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة **قال** ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر اي يصلي الامام بالقوم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين واما نقل الجمع بين الصلوتين فلورود النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما واما كونه باذان واقامتين فلما روى جابر انه صلى الله عليه وسلم صلاهما باذان واقامتين وبيانه ما ذكر في الكتاب ولا يتطوع بين الصلوتين يعني لا الامام ولا القوم وقوله خلافا لما يروى عن محمد رحمه الله فانه يقول لا يعيد الاذان لان الوقت قد جمعهما فيكتفي باذان واحد

كما في العشاء أي الوتر ووجه الظاهر ما ذكره أن الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول ويقطع فور الأذان الأول يوجب إعادته للعصر لأن الأذان للإعلام وكل صلاة أصل بنفسها إلا أنه إذا جمع بينهما استغنينا عن الإعلام وإذا قطع أعاده كله الأصلي وقوله فإن صلى بغير خطبة ظاهر وقوله ومن صلى الظهر في رحله أي في منزله وحده صلى العصر في وقته عند أبي حنيفة وقالا المنفرد وغيره سواء في الجمع بينهما وبنى الاختلاف على أن تقديم العصر على وقته لأجل محافظة الجماعة أو لامتداد الوقوف فعنده للأول وعندهما للثاني لهما أن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف بدليل أنه لا جمع على من ليس عليه الوقوف وأن الحاج يحتاج إلى الدعاء في وقت الوقوف فشرع الجمع لئلا يشتغل عن الدعاء والمنفرد وغيره في هذه الحاجة سواء فيستويان في جواز الجمع ولأبي حنيفة رحمه الله أن المحافظة على الوقت فرض بالنص قال الله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وقال إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وكل ما هو كذلك لا يجوز تركه إلا بدليل قطعي وذلك فيما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين مع نقل الصحابة رضي الله عنهم من الجمع بالجماعة مع الإمام فلا يجوز بدونه وقوله والتقديم لصيانة الجماعة جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم أن جواز الجمع بالتقديم لامتداد الوقوف بل لصيانة الجماعة لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا لأن الموقف واسع والموضع ذو طول وعرض فلا يمكنهم إقامة الجماعة إلا بالاجتماع وأنه يتعذر مرتين في العادة فجعل العصر للاتصال فضيلة الصلاة بالجماعة لحق الوقوف لأن الجماعة تفوت لا إلى خلف وحق الوقوف يتأدى قبل ذلك وبعده إذ لا منافاة بين الوقوف والصلاة لأن الوقوف لا ينقطع بالاشتغال بالصلاة كما لا ينقطع بالأكل والشرب والتوضي وغير ذلك وفي كلامه تسامح لأنه جعل علة تقديم العصر تحصيل مقصود الوقوف حيث قال ولهذا قدم العصر على وقته وههنا جعل علته صيانة الجماعة فإن كان المقصود من الوقوف صيانة الجماعة صح الكلام لكن ليس كذلك لأن المقصود منه أداء أعظم ركني الحج وإن كان غير ذلك ينافي كلامه وتوارد علتان على معلول واحد بالشخص وذلك غير جائز ويمكن أن يجاب عنه بأن المقصود بالوقوف شيئان أحدهما عاجل والآخر آجل والأول هو امتداد المكث لأجل الدعاء لمصالح دينه ودنياه والثاني أداء الركن وصيانة الجماعة يجوز أن يكون تقديم العصر معلولا لتحصيل مقصود الوقوف من حيث الوقوف المقصود الأول ولصيانة الجماعة من حيث الثاني وإذا اختلفت الجهة اندفع التناقض وتوارد العلتين والحاصل أنهم اتفقوا على أن المقصود منه للمكلف هو الامتداد في المكث لأجل الدعاء ولكنهم اختلفوا في وجود غيره فقالا لا مانع غيره وفيه المنفرد والجمع سواء وقال بل ثمة غيره وهو ما له من صيانة الجماعة وليس كالمنفرد فيه كالجماعة ثم عند أبي حنيفة الإمام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر رحمه الله إن التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج وكلما كان شرعه على خلاف بالنص يقتصر على مورده وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج قال أبو حنيفة رحمه الله عنه الإحرام شرط فيهما جميعا وقال زفر هو شرط في صلاة العصر وثمرته تظهر في خلاف من صلى الظهر مع الإمام ثم أحرم بالحج فصلى العصر معه أو أحرم بالعمرة وصلى الظهر ثم أحرم فصلى العصر مع الإمام لم يجزه العصر إلا في وقتها عند أبي حنيفة وعند زفر يجوز ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال في رواية لأن الإحرام شرط جواز الجمع وشرط الجمع وشرط التي تسبقه وجواز الجمع يتحقق إذا زالت الشمس فتقارنا والمتقدم على أحد المتقارنين متقدم على الآخر وفي رواية أخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة لأن المقصود هو الصلاة قال ثم يتوجه الإمام إلى الموقف أي بعد الجمع بين الصلاتين يتوجه الإمام إلى الموقف فيقف بقرب الجبل لأن النبي صلى الله عليه وسلم راح إلى الموقف عقيب الصلاة قوله والجبل يسمى جبل الرحمة ظاهر وقوله بطن عرنة واد بحذاء عرفات قال

في العصر خاصة لأنه هو المغير عن وقته واشتراط الإمام للتغيير ولأبي حنيفة رحمه الله و ان م

النبي

النبي صلى الله عليه وسلم فيه الشيطان فكان هذا نظير النهي عن الصلاة في الساعات الثلاث والمزدلفة اسم لها لاجتماع الناس فيها ومنه قوله تعالى وأزلفنا ثم الآخرين أي جمعناهم وقيل من الازدلاف بمعنى التقرب ومنه قوله تعالى وأزلفت الجنة للمتقين أي قربت وسميت بها لاقتراب الناس إلى منى بعد الإفاضة من عرفات ووادي محسر بكسر السين وتشديدها هو بين مكة وعرفات وقوله كالمستطعم المسكين في تقديم الصفة فائدة وهي المبالغة في تحقيق المدلول لأن التشبيه حينئذ إنما يحصل بحالة الاستطعام وهي حالة الاحتياج وقوله وإن ورد الآثار ببعض الدعوات عن علي رضي الله عنه أنه عليه السلام قال إن أكثر دعائي ودعاء الأنبياء من قبلي عشية عرفة لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير اللهم اجعل في قلبي نورا وفي بصري نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا اللهم اشرح لي صدري ويسر لي أمري وأعوذ بك من وساوس الصدر وشتات الأمر وفتنة القبر اللهم إني أعوذ بك من شر ما يلج في البحر وشر ما تهب به الرياح وقوله إلا في الدماء والمظالم إلا في حق الدم الذي وجب لبعضهم على بعض قصاصا وعجز واحد عن استيفائه وفي حق المظلمة التي وجبت لبعضهم على بعض وعجزوا عن الانتصاف وقيل قد أجيبت له وذلك أيضا في المزدلفة وقوله ويلبي في موقفه يعني يديمه على ذلك إلى أن يرمي أول حصاة من جمرة العقبة وقال مالك يقطعها كما يقف بعرفة لأن التلبية إجابة باللسان والإجابة باللسان قبل الاشتغال بالأركان كتكبيرة الافتتاح في الصلاة ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أردف الفضل فأخبر الفضل أنه لم يزل يلبي حتى رمى الجمرة ولأن التلبية في الحج كالتكبير في الصلاة في كونه ذكرا مفعولا في افتتاح العبادة ويتكرر في أثنائها فكان القياس أن يكون إلى آخره من الإحرام وذلك إنما يكون عند الرمي وقيل كان القياس أن يكون إلى آخره كالتكبير في الصلاة إلا أنه ترك فيما بعد الرمي بالإجماع فبقي فيما وراءه على أصل القياس وقوله والناس على هيئتهم إنما هو اتباع للسنة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيها الناس ليس البر في إيجاف الخيل وفي إيضاع الإبل عليكم بالسكينة والوقار والنبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس ومشى على هيئته في الطريق ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين فإنه روي أنه صلى الله عليه وسلم خطب عشية عرفة فقال أيها الناس إن أهل الجاهلية والأوثان كانوا يدفعون من عرفة قبل غروب الشمس إذا تعممت بها رؤوس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وإن هدانا ليس كهداهم فادفعوا بعد غروب الشمس فقد باشر ذلك عليه السلام وأمر به إظهارا لمخالفة المشركين فليس لأحد أن يخالف ذلك وقوله ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه إشارة إلى أنه لو جاوزها قبل الإمام وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم ولكن إن عاد إلى عرفة قبل الغروب ثم دفع مع الإمام منها بعد الغروب سقط عنه الدم وإن عاد بعد الغروب لم يسقط قال وإذا أتى مزدلفة فالمستحب أن يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة كلامه واضح وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه يدنو والتعلم وقوله ويصلي الإمام بالناس بأذان وإقامة أي في وقت العشاء وقوله ثم تعشى أي أكل العشاء وقوله ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع أي الجمع بالمزدلفة عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأن المغرب مؤخرة عن وقتها وأداء الصلاة بعد خروج وقتها موافق للقياس لأن القضاء مشروع في جميع الصلوات فلا يجب مراعاة مورد النص فإن النص وارد في تأخير المغرب عند وجود الجماعة لكن لم يشترط فيه الجماعة وأما تقديم الصلاة على وقتها فمخالف للقياس من كل وجه فيراعى لذلك فيه ما ورد فيه النص وإنما خص أبا حنيفة رضي الله بالذكر لأن الجماعة كانت شرطا عنده في الجمع بعرفات وقوله ومن صلى المغرب في الطريق أي في طريق المزدلفة وحده لم يجزه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر وقال أبو يوسف تجزيه وقد أساء وكذلك لو صلاها بعرفات وكذلك لو صلى العشاء في الطريق بعد دخول وقتها لأن النبي

يوسف انه اذا اهاقها وفيها ومن ادى صلوة في وقتها لا يجب عليه اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير
من السنة فيصير مسيئا بتركها ولنا ما روي انه عليه السلام قال لاسامة بن زيد حين افاض من عرفة ومال الى
الشعب فقضى حاجته وقال له اسامة يا رسول الله اتصلي الصلوة امامك يعني وقت الصلوة فعل الفعل
فلا يتصور ان يكون اماما ولكنها تذكر ويراد بها الوقت كما في قوله تعالى فخلف من بعدهم خلف اضاعوا
الصلوة وفسر بعضهم بان معناه مكان الصلوة امامك وهو مزدلفة فيكون من باب ذكر الحال وارادة
المحل وهذا اي قول النبي اشارة الى ان التاخير واجب لانه لو لم يكن كذلك كان معناه القضاء بعد خروج
الوقت وتفويت الصلوة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه عليه السلام فيجب النظر في سببه فاما ان يكون اما
السير او امكان الجمع بين الصلوتين في المزدلفة لا سبيل الى الاول لان ميله عليه السلام الى الشعب وقضاء
حاجته يأباه فتعين الثاني فمهما كان ممكنا لا يصار الى غيره والامكان ما لم يطلع الفجر فتجب الاعادة ما لم يطلع واما
اذا طلع فقد فات الامكان فسقط الاعادة واعترض بان هذا الحديث من الاحاد فكيف يجوز ان يبطل به قوله
تعالى ان الصلوة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا واجاب شيخي العلامة بانه من المشاهير تلقته الامة بالقبول
في الصدر الاول وعملوا به فجاز ان يزاد به على الكتاب واقول قوله تعالى ان الصلوة كانت على المؤمنين الاية
ونحوها ليس فيها دلالة قاطعة على تعيين الاوقات وانما دلالتها على ان للصلوات اوقاتا وتعيينها يثبت
اما بخبر جبريل او بغيره من الاحاد او بفعله عليه السلام ومثل ذلك لا يفيد القطع فجاز ان يعارضه خبر الواحد
ثم يعمل بفعله عليه السلام وهو انه جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز ان يكون قضاء فتعين ان يكون ذلك وقته وشكك
عن ابي يوسف بان صلوة المغرب التي صلاها في الطريق اما ان وقعت صحيحة اولا فان كان الاول فلا تجب الاعادة
لا في الوقت ولا بعده وان كان الثاني وجبت فيه وبعده لان ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضي الوقت والجواب بان
الفساد موقوف يظهر اثره في ثاني الحال كما مر في مسئلة الترتيب **قال** واذا طلع الفجر يصلي الامام
الفجر بغلس • ان طلع الفجر يوم النحر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس والغلس ظلمة اخر الليل وفي بعض الشروح
بالاعجام لذنوبه ان اخر ظلمة الليل وهو اوفق لما نحن فيه على ما سيظهر قوله لرواية ابن مسعود رضي الله عنه
قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلوة الا لوقتها الا بجمع فانه عليه السلام
جمع المغرب والعشاء وصلى صلوة الصبح من الغد قبل وقتها ولقائل ان يقول الدليل المنقول والمعقول
الذين ذكرهما المصنف غير مطابقين للمدلول اما المنقول فلانه يدل على انه عليه السلام صلاها بالغلس المدلول
قوله اذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس واما المعقول فلان تقديره في التغليس دفع حاجة الوقوف
ودفع الحاجة يجوز التعجيل لم تعد الى العصر بعرفة وتقديم العصر كان على وقتها فيكون هنا كذلك تصحيحا
للتشبيه وهو خلاف المطلوب والجواب عن الاول ان الراوي عن ابن مسعود عبد الرحمن بن زيد وقد روى
البخاري عنه في صحيحه انه قال خرجت مع عبد الله الى مكة ثم قدمنا جمعا فصلى الصلوتين ثم صلى الفجر حين طلع الفجر
وقائل يقول لم يطلع الفجر وهذا يدل على ان المراد بقوله قبل وقتها المستحب لان الظاهر ان الراوي لا
يعمل على خلاف ما روى ويؤيده حديث جابر في الصحيح فصلى الفجر حين تبين الصبح وعن الثاني بان معناه
لما جاز تعجيل العصر على وقتها للحاجة الى الوقوف بعدها فلان يجوز التغليس بالفجر وهو في وقتها اولى
وقوله ثم وقف ووقف معه الناس ظاهر وقوله حتى الدماء والمظالم بالرفع حتى يدخل في المستجاب بان يرضي
الخصوم بالازدياد في مثوباتهم حتى يتركوا خصوماتهم ما يجري في الدماء والمظالم لم نوله وقال الشافعي انه ذكر
مالك في قوله في المقابر ونسبة هذا القول اليه سهو وقع من الكاتب لما انه ذكر في كتبهم ان الوقوف بالمزدلفة
سنة وذكر في المبسوط الليث بن سعد مكان الشافعي وذكر في الاسرار علقمة مكان الشافعي وذكر في فتاوى
قاضي خان مالك مكان الشافعي ويجوز ان يكون المصنف قد اطلع على نقل من مذهبه واستدل بقوله تعالى

فاذكروا

فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية لان الله تعالى عند المشعر الحرام ولا يمكنه ذلك
فيه الا بعد حضوره والوقوف فيه وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ولنا ما روي انه صلى الله
عليه وسلم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك لان ما هو ركن لا يجوز تركه لعذر وقوله
والمذكور فيما تلي الذكر جواب عن استدلاله بالاية وتقريره ان المأمور به في الاية هو الذكر وليس
بركن بالاجماع فلان اما كان وسيلة اليه وهو الحضور والوقوف وقوله وانما عرفنا ظاهر وقوله
لما روينا يعني به قوله انه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل فعلم بهذا الحديث ان المراد من تعليق تمام
الحج في قوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف الى اخره من حيث الكمال وهو الاتيان بالواجب
من حيث الجواز وقوله لما روينا من قبل يعني قوله عليه السلام والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن
وادي محسر وقوله هكذا وقع في نسخ المختصر اي في نسخ مختصر القدوري وهذا غلط لان النبي عليه السلام
دفع قبل طلوع الشمس رواه جابر وابن عمر رضي الله عنهم قالا ان النبي عليه السلام وقف بالمشعر الحرام
حتى اذا كادت الشمس تطلع دفع الى منى واقول معنى قوله واذا طلعت الشمس اذا قربت الى الطلوع وفعل
ذلك اعتمادا على ظهور المسئلة وقوله فيبتدي بجمرة العقبة الكلام في الرمي في اثني عشر موضعا احدها
الوقت وهو يوم النحر وثلاثة ايام بعده والثاني في موضع الرمي وهو بطن الوادي يعني من اسفله الى
اعلاه والثالث في محل ايه وهو ثلاث جمرة العقبة ومسجد الخيف والوسطى والرابع في كمية الحصاة وهي
سبعة عند كل جمرة والخامس في المقدار وهو ان يكون مثل حصى الخذف والسادس في كيفية الرمي وهو ما
ذكره في الكتاب وقيل يأخذ الحصى بطرف ابهامه وسبابته والسابع في مقدار الرمي وقد ذكره في الكتاب
والثامن في صفة الرامي وهو ان يكون راكبا او ماشيا لا فرق بينهما والتاسع في موضع وقوع
الحصاة والعاشر في الموضع الذي يؤخذ منه الحجر وهما مذكوران في الكتاب والحادي عشر فيما يرمى وهو ما
كان من جنس الارض والثاني عشر انه يرمي في اليوم الاول جمرة العقبة لا غير وفي بقية الايام يرمي الجمار
كلها وكلامه في الكتاب واضح وقوله فيشارهم به ولا يشترك بانه في حديث سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس
رضي الله عنهما ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه السلام ولم تصر هضابا تسد الافق فقال اما
علمت ان من يتقبل حجه يرفع حصاه حتى قال مجاهد رحمه الله لما بال الجمار ترمى من وقت الخليل لما سمعت هذا
من ابن عباس جعلت على حصاتي علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم اجد بتلك العلامة شيئا
من الحصاة وقوله ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا اعترض عليه بالفيروزج والياقوت فانهما
من اجزاء الارض حتى جاز التيمم بهما ومع ذلك لا يجوز الرمي بهما حتى لم يقع معتدا بهما في الرمي واجيب بان
الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك لا يحصل برميهما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الرمي الا بالحجر
اتباعا لما ورد به الاثر لعدم كونه معقولا وقلنا سلمنا انه غير معقول لكن المنصوص عليه فعل الرمي وذلك
يحصل بالحجر الاصل فيه فعل الخليل ولم يكن في الجمرة بعينه مقصودا انما المقصود فعل الرمي اما للكبش او لطرد
الشيطان على حسب اختلاف الروايات فعلنا باي شيء حصل فعل الرمي اجزاه ولا يرد الذهب والفضة ولا
الجوهر لانه يسمى نثارا لا رميا **قال** • ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر • كلامه واضح
وقوله ظاهر بالترحم عليهم اي كرر الترحم على المحلقين وروى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين قال والمقصرين وفي رواية
كرر عليه السلام ثم قال في الرابع والمقصرين وذلك دليل على ان الحلق افضل وقوله مقدار الانملة
قيل هذا التقدير مروي عن ابن عمر رضي الله عنه ولم يعلم فيه خلاف ومن لا شعر له امر الموسى على راسه
لانه ان عجز عن الحلق والتقصير لم يعجز عن التشبه والخلاف في كونه واجبا او مستحبا وقوله لانه من دواعي

الجماع بعضده أن المعتدة يحرم عليها الطيب لهذا المعنى والجماع بدواعيه لا يحل حتى يطوف كالقبلة والمس
بشهوة ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها إذا حلق الحاج حل له كل شيء إلا النساء وقالت طيبت رسول الله صلى الله
عليه وسلم لإحرامه ولإحلاله قبل أن يطوف بالبيت وهذا لا شك في تقديمه على القياس ولا يحل الجماع فيما دون
الفرج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال الجماع فيما دون الفرج يرتفع بالحلق لأنه لا يفسد الإحرام بحال ولنا أنه
قضاء شهوة بالنساء فيؤخر إلى تمام الإحلال بالطواف ولأن دواعي الجماع ملحقة به في المحظورات كما في الاعتكاف
وقبل الحلق وقوله ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا يعني إذا رمى جمرة العقبة لا يتحلل عندنا حتى يحلق وقال
الشافعي رحمه الله يتحلل ويحل له كل شيء إلا النساء وهو يقول إنه يتوقت بيوم النحر وكل ما هو كذلك هو محلل
كالحلق ولنا أن ما يكون محللا يكون جناية في غير أوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير أوانه ونوقض بدم الإحصار
فإنه محلل وليس بمحظور الإحرام وأجيب بأن المراد ما كان محللا في الأصل ودم الإحصار ليس كذلك وإنما
ذكره وتقريره أن التحلل لم يكن بالطواف بل بالحلق السابق وقوله ثم يزورها في مكة من يومه يعني أول أيام النحر وقوله
ووقته أيام النحر أي وقت طواف الزيارة وقوله فكان وقتهما واحدا أي وقت الأضحية ووقت طواف الزيارة إلا
أن الأضحية لم تشرع بعد أيام النحر والطواف مشروع بعد ذلك إلا أنه يكره تأخيره عن هذه الأيام على ما يجيء وقوله
وأول وقته ظاهر **وقوله** والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما
رمل في طواف العمرة وفي طواف بعده سعي وقوله لما بينا إشارة إلى قوله عليه السلام وليصل الطائف
لكل أسبوع ركعتين والأمر للوجوب وإنما لم يقل لما روينا لأنه ذكر فيه وجه التمسك بالوجوب فكان قوله
بينا أشمل وأعم من قوله روينا وقوله ولكن بالحلق السابق تقدم معناه وقوله إلا أنه أخر عمله في حق النساء
عما يقال إذا كان الحلق السابق محللا فكيف بقيت النساء محرمة وتقريره أن عمله تأخر في حق النساء ليقع الطواف
الذي هو ركن في الإحرام لئلا يقع النساء في أمره وقوله وهذا الطواف أي طواف الزيارة هو المفروض
في الحج **وقوله** ثم يعود إلى منى بعد طواف الزيارة فيقيم بها لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجع إليها كما
روينا يعني ما تقدم أن النبي عليه السلام لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى الظهر
بمنى وقوله ولأنه بقي عليه الرمي ظاهر وقوله ويقف عند الجمرتين يعني الجمرة الأولى والوسطى في المقام الذي
يقف فيه الناس وهو أعلى الوادي وقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي حديث مشهور والمواطن هي عند افتتاح
الصلاة والقنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وجمع وعند المقامين
عند الجمرتين وذكر الجمرتين يدل على أنه لا يقوم عند جمرة العقبة ويرفع يديه حذاء منكبيه نص عليه محمد في سائر
الأدعية لا يفعل كذلك لأن الرفع ينافي السكينة والوقار فليس في موضع ورد فيه النص ويترك في الباقي على
أصل الدليل **قال** وإذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد الزوال يعني إذا زالت الشمس من اليوم
الثالث من أيام النحر رمى الجمار الثلاث مثل ما رمى في اليوم الثاني وإن أراد أن يتعجل النفر أي الذهاب
والخروج من منى إلى مكة في اليوم الثالث من أيام النحر فعل ذلك وإن أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم
الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه أي فمن تعجل في اليوم
الثاني والثالث من أيام النحر ومن تأخر إلى اليوم الرابع فلا إثم عليه لمن اتقى **وقوله** لمن اتقى يتعلق بهما
جميعا أي ذلك التخيير ونفي الإثم في الحالين لأجل الحاج المتقي لئلا يتخالج في قلبه شيء منهما فيحسب أن أحدهما يوقع
صاحبه في الإثم إقداما عليه وإنما خص المتقي لأنه هو الحاج في الحقيقة عند الله وفيه خلاف الشافعي فإنه ينقطع عنه
خيار النفر بغروب الشمس من اليوم الثالث لأن المنصوص عليه الخيار في اليوم وهو يمتد إلى غروب الشمس
قلنا الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع فيكون خياره في النفر باقيا فيه كما قبل الغروب من اليوم الثالث بخلاف
ما بعد طلوع الفجر في اليوم الرابع فإنه وقت الرمي فلا يبقى خياره بعد ذلك وقوله اعتبارا بسائر الأيام أراد

بالايام

بالأيام اليومين أعني الثاني والثالث لأن رمي جمرة العقبة في يوم النحر قبل الزوال جائز بلا خلاف فقوله بلا خلاف
اليوم الأول والثاني يعني الأول والثاني يعني الأول مما يرمى فيه الجمار الثلاث لا الأول والثاني من أيام
النحر وقوله في المشهور من الرواية احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه إن كان من
قصده أن يتعجل في النفر الأول فلا بأس بأن يرمي في اليوم الثالث قبل الزوال وإن رمى بعده فهو أفضل
وإن لم يكن ذلك من قصده لا يجوز أن يرمي إلا بعد الزوال وذلك لدفع الحرج لأنه إذا نفر بعد الزوال
لا يصل إلى مكة إلا بالليل فيحرج في تحصيل موضع النزول ووجه الظاهر أنه عليه السلام لم يرم فيه إلا بعد
الزوال وقوله ثم عند أبي حنيفة حاصله أن ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى طلوع الشمس وقت الجواز
مع الإساءة وما بعده إلى الزوال وقت مسنون وما بعد الزوال إلى الغروب وقت الجواز من غير
إساءة والليل وقت الجواز بالإساءة كذا في مبسوط شيخ الإسلام وعن أبي يوسف أنه يمتد إلى وقت
الرمي في اليوم الأول إلى وقت الزوال لأن الوقت يعرف بتوقيت الشرع والشرع ورد بالرمي في
قبل الزوال فلا يكون ما بعده وقتا له والحجة عليه ما روينا يعني قوله عليه السلام إن أول نسكنا في هذا اليوم
وقوله وبيان الأفضل مروي عن أبي يوسف يعني به ما حكي عن إبراهيم بن الجراح قال دخلت على أبي يوسف في
مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال الرمي راكبا أفضل أم ماشيا فقلت ماشيا فقال أخطأت فقلت راكبا فقال
أخطأت ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي فيه ماشيا أفضل وما ليس بعده وقوف فالرمي فيه راكبا
أفضل فقمت من عنده فما انتهيت إلى باب الدار حتى سمعت الصراخ بموته فتعجبت من حرصه على العلم في مثل تلك
الحالة وتأويل ما روى جابر والذي روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمار كلها راكبا فإنما
فعله ليكون أشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدونه منه **وقوله** ولو بات في غيره أي في غير منى
متعمدا فلا شيء عليه عندنا خلافا للشافعي فإنه قال إن ترك البيتوتة ليلة فعليه مد وإن تركها ليلتين فعليه
مدان وإن ترك ثلاث ليال فعليه دم وقاس ترك البيتوتة في وجوب الجزاء بترك الرمي ولنا أنه وجب
ليسهل عليه الرمي في أيامه يعني أن المقصود من البيتوتة غيرها وهو أن يسهل عليه ما يقع في الغد من النسك
وهو الرمي فلما لم تكن مقصودة لنفسها لم تكن من أفعال الحج فلم يوجب تركها جابرا كالبيتوتة ليلة العيد
بمنى **قال** ويكره أن يقدم الرجل ثقله إلى مكة الثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه والجمع أثقال
والمحصب اسم موضع ويسمى الأبطح وهو موضع ذو حصى بين مكة ومنى نزل به رسول الله عليه السلام قصدا
هو الأصح حتى يكون سنة وقوله هو الأصح احتراز عن قول ابن عباس رضي الله عنهما أي النزول به ليس بسنة
لكنه موضع نزل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفاقا والأصح عندنا أنه سنة ونزل فيه رسول الله صلى
الله عليه وسلم قصدا على ما روي أنه قال لأصحابه إنا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة إلى آخره والخيف
بسكون الياء المكان المرتفع وخيف بني كنانة هو المحصب وقوله ويسمى طواف الوداع والوداع بفتح الواو
اسم للتوديع كالسلام والكلام وهو واجب عندنا خلافا للشافعي فإنه عنده سنة لأنه تميز له طواف القدوم
ألا ترى أن كل واحد منهما يأتي به الآفاقي دون المكي وما هو من واجبات الحج فالآفاقي والمكي سواء
فيه ولنا قوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده الطواف وإنه رخص للنساء الحيض تركه
أيضا دليل الوجوب والأول ليس بمخصص لأن تخصيصها بالحيض فإنه والمكي والآفاقي في واجبات الحج
سواء فيما إذا كانت العلة مشتركة وههنا ليست كذلك لأن علة هذا الطواف التوديع وليس بموجود في
حق المكي والآفاقي ولا في حق من هو فيما وراء الميقات ولا في حق من اتخذ مكة دارا ثم بدا له الخروج
لا يقال لو كان واجبا للوداع لوجب على المعتمر الآفاقي لأن ركن العمرة هو الطواف فكيف يصير مثل ركنه تبعا
له **وقوله** لما قدمنا يعني في موضعين من قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين وقوله كان

ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا وقوله ويأتي زمزم بعد تقبيل العتبة واتيانه الملتزم والتشبث
خلف بجدار الكعبة يأتي زمزم فيشرب من مائه ويصب منه على جسده ويقول اللهم اني اسألك رزقا واسعا وعلما
نافعا وشفاء من كل داء وقوله فصار ابتان تمام الحج يعني الحج الذي اداه النبي صلى الله عليه وسلم لقوله من حج
هذا البيت فلم يرفث ولم يفسق خرج من ذنوبه كيوم ولدته امه كذا في المبسوط

فصل

لما ذكر افعال الحج على الترتيب والحق مسائل شتى من افعال الحج في فصل على حدة فان لم يدخل المحرم مكة
وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا من احكام الوقوف بعرفة سقط طواف القدوم على ما ذكره في الكتاب
وهو واضح وكذلك قوله ومن ادرك الوقوف بعرفة وما لك رحمه الله كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر
او بعد طلوع الشمس مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه
والنهار اسم للوقت من طلوع الشمس وهو محجوج بما روينا انه وقف بعد الزوال وكان مبينا وقت الوقوف بفعله
عليه السلام فدل ان ابتداء الوقوف بعد الزوال وقوله ثم اذا وقف بعد الزوال والظاهر وقال مالك
لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل وذلك بان يكون افاضته بعد الغروب واستدل بقوله عليه السلام
من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وقلنا هذه الزيادة غير مشهورة وانما
المشهور من فاته عرفة فقد فاته الحج وفيما روينا وهو قوله عليه السلام ساعة من ليل او نهار دليل على ان نفس
الوقوف في جزء من وقته يصير مدركا فكان حجة **وقوله** ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه ظاهر وقوله
والجهل بانه وهي ليست بشرط لكل ركن جواب عما يقال الجهل يخل بالنية لا محالة والاخلال بها اخلال بالوقوف لكونها
شرطا وتقريره سلمنا ان الجهل يخل بالنية ولا نسلم ان الاخلال بها اخلال به وانما كان كذلك ان لو كان شرطا
لكل ركن وليس كذلك بل اذا كانت موجودة عند اصل هذه العبادة وهو الاحرام حقيقة او دلالة استغنى عنها
عند وجود كل ركن اذا لم يكن ثمة صارف وانما قلنا اذا لم يكن ثمة صارف احترازا عما اذا طاف بالبيت هاربا او
طالب غريم ولم ينو الطواف عن الحج فانه لم يجزه وان كانت النية موجودة عند الاحرام لان قصد الهرب او
الطلب وذلك صارف له عن النية السابقة لانها لكونها باقية بالاستصحاب ضعيفة تنصرف بصارف وقوله
ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه اتفقت علماؤنا رحمهم الله ان الاحرام يقبل النيابة حتى لو امر انسانا ان يحرم عنه اذا
اغمي عليه او نام ففعل صح عندهم لانه شرط بمنزلة الوضوء وستر العورة وليس بركن فاستقام النيابة بعد وجود
نية العبادة منه وهو خروجه لحج البيت واختلفوا في ان عقد الرفقة استنابة كالاذن به او لا فذهب ابو حنيفة
الى انه استنابة كالاذن به وعلى الامر باستنابة وثمرة ذلك ان يحرم عنه الرفقاء نيابة مع انهم احرموا عن انفسهم
ايضا فيصير الرفيق محرما عن نفسه بطريق الاصالة ومحرما عنه ايضا بطريق الاستنابة كالاب يحرم عن ابن صغير
معه فكان المحرم حكما في احرام النيابة هو المنوب لا النائب وعبارة النائب فيه كعبارة المنوب حتى لو اصاب
النائب صيدا كان عليه الجزاء من قبل اهلاله عن نفسه وليس عليه من جهة اهلاله عن المغمى عليه شيء ويبحث من وجهين
احدهما ان الرفيق اذا كان محرما عن نفسه فباحرامه عن غيره يلزم تداخل الاحرامين والثاني انهم شبهوا الاحرام
بالوضوء في قبول النيابة وليس مثله لان الانسان اذا توضأ لا يكون غيره به متوضئا وان نوى المتوضئ عنه وهذا
يصير غيره محرما باحرامه والجواب عن الاول ان التداخل انما يلزم ان لو كان المحرم هو النائب في الاحرامين
من كل وجه وليس كذلك بل المحرم في احرام النيابة هو المغمى عليه لا النائب على ما ذكرنا وعن الثاني ان التشبيه
بالوضوء في ان كل واحد منهما يحتمل النيابة ولكن النيابة في الوضوء بالتوضئة بان يجري الماء على اعضاء
المنوب فيصح له ان يصلي بذلك الوضوء وفي هذا تولى النائب الاحرام بنفسه ثم فائدة ذلك انه اذا افاق او استيقظ
واتى بافعال الحج جاز عنه كما لو امر به لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره وكل من كان كذلك ليس بمحرم لا محالة
اما انه لم يحرم بنفسه فظاهر واما انه لم يأذن لغيره فلان الاذن اما ان يكون صريحا او دلالة وهو لم يصح

بالاذن

بالاذن اذ هو المفروض وما ثمة دلالة لانها تتوقف على العلم بجواز الاذن بالاحرام لانه اذا لم يعلم بجوازه
لا يقدم عليه وجواز الاذن اذ هو المفروض مما لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا
امر غيره بذلك صريحا ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن ثابت دلالة لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان
بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقد عجز عن مباشرة ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام
فكان مستعينا بهم على تحصيله والاستعانة اذن بالاعانة لا محالة فكان الاذن ثابتا دلالة وقوله والعلم ثابت جواب
عن قولهما وانه دلالة تتوقف على العلم وتقريره ان العلم ان كان شرطا للدلالة فهو ثابت نظرا الى الدليل وهو
عقد الرفقة والحكم يدار على الدليل فثبت الاذن دلالة والدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يخالفها
صريح فان قلت هذا اخذ الاحرام فما حكم سائر المناسك قلت الاصح ان نيابتهم عنه في اداء المناسك جائز الا ان الاولى
ان يشهدوا به وان يطوفوا به ليكون اقرب الى اداء لو كان مفيقا ومنهم من فرق فقال انما صحت النيابة
في الاحرام لتحقق العجز وهو ليس بمتحقق في الافعال لانهم اذا احضروه المواقف كان هو الواقف واذا
طافوا به كان هو الطائف فان قلت هل تختص الاهلال بالرفقاء ام لا قلت اختلف فيه قال الشيخ
ابو عبد الله الجرجاني كان يقول الجصاص لا يجوز احرام غير الرفقاء ثم رجع وقال الرفقاء وغيرهم
في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية بل هو من باب الاعانة وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر
والتقوى والرفقاء وغيرهم في ذلك **قال** والمرأة في جميع ذلك كالرجل • المرأة في جميع
مناسك الحج كالرجل لان الخطاب لقوله تعالى ولله على الناس حج البيت يتناول الرجال والنساء فتفعل مثل ما
يفعل الرجل الا اشياء ذكرها في الكتاب لا تكشف رأسها وتكشف وجهها ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل
ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق ولكن تقصر وتلبس ما بدا لها من القميص والدرع والخمار والخف والقفاز
ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع الا ان تجد الموضع خاليا ووجه جميع ذلك مذكور في الكتاب وقوله ومن قلد
بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد يعني صيد قتله في احرام ماض او شيئا من الاشياء كبدنة المتعة والقران
وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد بدنة فقد احرم وهذا بناء على ما ذكرنا
ان الاحرام عندنا لا ينعقد بمجرد النية بل لا بد من انضمام شيء اخر اليها كالتكبيرة الافتتاح في الصلوة وتقليد
البدنة والتوجه معها الى الحج يقوم مقام التلبية لان السوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة دعاء ابراهيم
صلوات الله عليه لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة قيل قوله واظهار الاجابة معطوف على اسم ان ان
قرئ منصوبا وعلى محله اذا قرئ مرفوعا فهو دليل اخر على كون السوق في معنى التلبية والاول هو من تمام الاول
وتقريره المقصود من التلبية اظهار الاجابة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول الا ترى ان
من قال يا فلان فاجابه تارة يكون بلبيك وتارة بالحضور والامتثال بين يديه فيصير به اي بالسوق محرما لاتصال
النية بفعل هو من خصائص الاحرام لحصول الاجابة لبى او لم يلب وانما قال بدنة لان الغنم لا تقلد وهذا لان
التقليد لئلا يمنع من الماء والعلف اذا علم انه هدي وهذا فيما يغيب عن صاحبه كالابل والبقر والغنم ليس كذلك
فانه اذا لم يكن معه صاحبه يضيع وقوله فان قلدها وبعث بها ظاهر وكانت الصحابة رضي الله عنهم مختلفين
في هذه المسألة على ثلثة اقوال فمنهم من قال اذا قلدها صار محرما ومنهم من قال اذا توجه في اثرها صار محرما
ومنهم من قال اذا ادركها وساقها صار محرما فاخذنا بالمتيقن وقلنا اذا ادركها وساقها صار محرما لاتفاق
الصحابة في هذه الحالة **وقوله** اذا ادركها وساقها او ادركها وزاد بين السوق وعدمه لان الرواية
قد اختلفت فيه شرط في المبسوط السوق مع اللحوق ولم يشترط السوق بعد اللحوق في الجامع الصغير والمصنف
جمع بين الروايتين وقوله فقد اقترنت بنيته بفعل هو من خصائص الاحرام اما سوق الهدي فظاهر واما اذا ادرك
ولم يسق وساق غيره فلان فعل الوكيل بحضرة الموكل كفعل الموكل وقوله الا في بدنة المتعة استحسانا من قوله

لم يصر محرما حتى يلحقها قال في النهاية ههنا قيد لابد من ذكره وهو أنه في بدنة المتعة إنما يصير محرما بالتقليد والتوجه إذا حصلا في أشهر الحج فإن حصلا في غير أشهر الحج لا يصير محرما ما لم يدرك الهدي ويسير معه هكذا في الرقيات لأن تقليد هدي المتعة في غير أشهر الحج لا يعتد به لأنه فعل من أفعال المتعة وأفعال المتعة قبل أشهر الحج لا يعتد بها فكان تطوعا وفي هدي التطوع ما لم يدركه ويسير معه لا يصير محرما كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وقوله ووجه ما ذكره يريد به قوله لم يوجد منه إلا مجرد النية إلى آخره ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ابتداء احتراز عما وجب جزاء وقوله لأنه يختص بمكة دليل كونه نسكا. **وقوله** وتجب شكرا للجمع بين النسكين بيان اختصاصه بمكة لأن الجمع بين النسكين لا يكون إلا بمكة فكان هدي المتعة مختصا بمكة وغيره قد يجب بالجناية بأن أصاب صيدا قبل وصوله إلى مكة وقوله وإن جلل بدنة أو أشعرها الجلال لباس الجل والإشعار البدنة إعلامها بشيء أنها هدي من الشعار وهو العلامة واضح وقوله في الصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا يعني في موضع البدنة ولئن ثبتت تلك الرواية التي رواها قلنا التمييز من حيث الحكم بالعطف لا يدل على اختلاف الجنسية وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال والله أعلم

باب القران

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان المركب وهو القران والتمتع إلا أن القران أفضل من التمتع فقدمه في الذكر اعلم أن المحرم على أربعة أنواع مفرد بالحج وقد ذكرناه ومفرد بالعمرة وهو من ينوي العمرة بقلبه ويقول لبيك بعمرة ثم يأتي بأفعالها وقارن وهو من يجمع بين العمرة والحج في الإحرام فيقول لبيك بحجة وعمرة ويأتي بأفعال العمرة ثم يأتي بأفعال الحج من غير تحلل بينهما ومتمتع وهو من يأتي بالعمرة في أشهر الحج أو بأكثر طوافها ثم يحرم بالحج ويحج من عامه ذلك على وصف الصحة من غير أن يلم بأهله إلماما صحيحا والقران أفضل من هذه الأقسام عندنا وقال الشافعي الإفراد أي إفراد كل واحد من الحج والعمرة بإحرام على حدة أفضل وقال مالك التمتع أفضل من القران لأن له ذكرا في القرآن قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ولا ذكر للقران فيه وللشافعي حديث عائشة رضي الله عنها إنما أجرك على قدر نصبك وإنما القران رخصة والإفراد عزيمة والأخذ بالعزيمة أولى ولأن في الإفراد زيادة الإحرام والسفر والحلق فإن القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي لهما تلبية واحدة ويحلق مرة واحدة والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال والأخذ بصفة الكمال أولى ولنا ما رواه الطحاوي في شرح الآثار أنه صلى الله عليه وسلم قال يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معا ولأن في القران جمعا بين العبادتين وذلك أفضل كما إذا جمع بين الصوم والاعتكاف وبين الحراسة في سبيل الله تعالى والقراءة بالليل والصلاة فيه وقوله والتلبية غير محصورة جواب عن قوله ولأن فيه زيادة التلبية وتقريره أن المفرد كما يكرر التلبية مرة بعد أخرى فكذا القارن فيجوز أن تقع تلبية القارن أكثر من تلبية المفرد وقوله والسفر غير مقصود جواب عن قوله والسفر ووجهه أن المقصود هو الحج والسفر وسيلة إليه فلا يوجب عدمه نقصا في الحج وذلك لا يتقدم على الإحرام فعدمه لا يوجب نقصانه **وقوله** والحلق خروج عن العبادة يعني لا يؤثر فيها للترجيح وقوله والمقصد بما روي يعني قوله عليه السلام القران رخصة نفي قول أهل الجاهلية أن العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور أي من أسوء السيئات وليس المراد بالرخصة ما هو المصطلح لأن القران عزيمة وإنما المراد به التوسعة وذلك لأن الأشهر الحج قبل الإسلام كانت للحج فأدخل الله تعالى العمرة في أشهر الحج إسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما في وقت واحد توسعة على الناس فهذه رخصة ويجوز أن يراد بها المصطلح ويكون رخصة إسقاط كشطر الصلاة في السفر والرخصة في مثله عزيمة عندنا **وقوله** وللقران ذكر في القرآن جواب عن قول مالك لأن المراد بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله أن تحرم بهما من دويرة أهله على ما رويناه من قبل يعني في فصل المواقيت وقوله ثم فيه أي في القران شروع في الترجيح بعد تمام

الجواب فإن قيل المأمور بالحج إذا قرن يصير مخالفا ولو كان القران أفضل لما كان مخالفا لأنه أتى بالمأمور به مع زيادة أجيب بأنه مأمور بصرف النفقة إلى عبادة تقع له على الخلوص وهي إفراد الحج له وقد صرفها إلى عبادة تقع للآمر وعبادة تقع لنفسه فكان مخالفا ولقائل أن يقول هل دخل في المأمور به نفس القران أو لا فإن كان الأول فليس القران أفضل وإن كان الثاني لا يكون مخالفا ويمكن أن يجاب عنه بأنه دخل نفس والأفضل القران الذي كان العبادتان فيه لشخص واحد لأن فيه الجمع بين حقيقة وقيل الاختلاف بيننا يعني أن النزاع لفظي.

قال وصفة القران أن يهل بالعمرة والحج معا من الميقات. كلامه واضح وقوله وكذا لو أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط يعني يكون قارنا في هذه الصورة أيضا لوجود الجمع بين الحج والعمرة وصورته أن يحرم بعمرة فيطوف لها أقل من أربعة أشواط ثم أحرم بحجة ولو طاف لها أربعة لا يصير قارنا بالإجماع وقوله وإن أخر ذلك أي ذكر العمرة في الدعاء والتلبية بأن يقول اللهم إني أريد الحج والعمرة ولبيك بحجة وعمرة لا بأس بذلك لأن الواو للجمع ولكن تقديم ذكرها فيهما جميعا أولى لأن الله تعالى قدم ذكرها في قوله فمن تمتع بالعمرة إلى الحج وكلمة إلى للغاية ولأنه يبدأ بأفعال العمرة فكذا يبدأ بذكرها وقوله اعتبارا بالصلاة يعني أن الذكر باللسان لم يكن شرطا فيهما وإنما الشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة هي وكذلك هذا وقوله وإذا دخل يعني القارن بيان الكيفية العمل وقوله والقران في معنى المتعة يعني أن النص ورد بتقديم أفعال العمرة على أفعال الحج في التمتع والقران في معناه لأن في كل منهما جمعا بين النسكين في سفره فيكون واردا فيه أيضا دلالة وقوله عندنا احتراز عن مذهب الشافعي فإنه يتحلل عنده بالذبح وقيل هذا ليس بمشهور عن الشافعي وإنما المشهور عنه أنه يتحلل برمي جمرة العقبة وقوله ثم هذا مذهبنا أي إتيان القارن بأفعال العمرة وأفعال الحج جميعا هو مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله صلى الله عليه وسلم دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة فيكتفي بأفعال الحج عن أفعال العمرة وإلا لا تكون العمرة داخلة في الحج ولأن مبنى القران على التداخل حتى اكتفى بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد وهذا بناء على أن الإحرام عنده من أركان الحج والأركان من عبادتين لا يتصور أداؤهما في وقت واحد في حالة واحدة وحيث جاء الشرع بالقران دل على التداخل وكما دخل التداخل في الإحرام يجب أن يكون في الطواف والسعي أيضا موجودا دفعا للتحكم وعلى هذا التقدير يكون معنى قوله وكذلك في الأركان أي بقية الأركان **وقوله** ولنا أنه لما طاف صبي طاهر وقوله ولأنه لا تداخل في العبادات المقصودة تحرز عن اللازم فإنها عبادة وفيها التداخل واجب بأن المراد العبادة المقصودة والتحريم ليس كذلك وبأن التداخل فيها لرفع الحرج على خلاف القياس فلا يقاس عليها ولا يلحق بها الحج لأنه ليس في معناها في وجود الحرج وقوله والسفر للتوسل جواب عن قوله حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة إلى آخره لا يقال قوله والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل وقع تكرارا في دليل الخصم وفي الجواب عنه لتقدم ذكره في أول الباب مرة لأنه ذكر هناك باعتبار كون الإفراد أفضل وههنا باعتبار الطواف والسعي فيحتاج إلى الجواب عنه بالاعتبارين ومثله من التكرار ليس بمنكر وقوله ومعنى ما رواه يعني قوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج دخل وقت العمرة لما ذكرنا أنهم كانوا يجعلون أشهر الحج للحج قبل الإسلام فأدخل الله وقت العمرة في وقت الحج إسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء توسعة وقوله فإن طاف طوافين ظاهر وقوله والسعي بأخير يعني أن تأخير سعي العمرة بالاشتغال بعمل آخر كالأكل والنوم وإن كان نوما لا يوجب الدم فكذلك الاشتغال بطواف التحية.

قال وإذا رمى جمرة العقبة • وإذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح شاة أو بقرة أو بدنة أو سبع بدنة فهذا دم القران لأنه في معنى المتعة لما تقدم والهدي منصوص عليه فيها بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي ولهذا عين الذبح هنا وقال في المفرد ثم يذبح إن أحب والهدي

من الابل والبقر والغنم على ما يذكر في بابه واراد بالبدنة ههنا البعير وكانه جواب عما يقال انتم تقولون البدنة تطلق على البعير والبقر فكيف قال ههنا بدنة او بقرة وتقريره نحن لا ننكر جواز اطلاق البدنة على كل واحد من معنييه منفردا وههنا كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن المنصوص عليه هدي وهو اسم لما يهدى اي ينقل الى الحرم وسبع البدنة ليس كذلك ولهذا لو قال ان فعلت كذا فعلي هدي ففعل كان عليه ما استيسر من الهدي وهو شاة فالجواب ان القياس ما ذكرتم ولكن ثبت جواز سبع البدنة او البقرة بحديث جابر رضي الله عنه قال اشتركنا حين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في البقرة سبعة وفي البدنة سبعة وسبع الشاة واحد واما في النذر اذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه وعلى تقدير التسليم فالفرق ان النذر ينصرف الى المتعارف كاليمين وبعض الهدي ليس بهدي عرفا فاذا لم يجد ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج اي في وقته بعد ان احرم بالعمرة والافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة كما ذكر في الكتاب وسبعة ايام وان رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة وهذا النص وان ورد في التمتع ولكن القران في معناه كما مر غير مرة والمراد بالرجوع الى الاهل الفراغ من الحج من باب ذكر المسبب وهو الرجوع وارادة السبب وهو الفراغ فكان الاداء بعد السبب فيجوز ولقائل ان يقول ذكر المسبب وارادة السبب لا يصح في المجاز كما عرف في الاصول والجواب انه اذا لم يكن مختصا والفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز فان قيل لا مجاز الا بقرينة فما هي قلت الطلاق عن ذكر الاهل وذكر الرجوع وقوله ثلثة ايام في الحج فكانه قال وسبعة اذا رجعتم عما كنتم مشتغلين عليه وهو الحج فانه العقد لكنه نفي الاباحة الحج بوهم من كلمة الواو في قوله وسبعة كما في قوله جالس الحسن وابن سيرين وقيل معناه كاملة في وقوعها بدلا عن الهدي وكلامه واضح وقوله وقاله لا ما كان صومها فيها يعني في ايام التشريق ودون يوم النحر لان الصوم فيه لا يجوز بالاتفاق وقوله لنا انه المنهي عنه لقوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام وقد تقدم بلفظ المنهي الى الجواب عما قال الشافعي بذلك على شرعية الصوم في هذه الايام وقوله في هذه الحج فلا يجوز في ايام التشريق بالجملة للكلاب والجواب ان الحج فيجوز وقوله او يدخله النقص يعني لو لم تقيده به فلا اقل من ان يورث نقصا وما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا فلا يتأدى فيها ولا يؤدي بعدها اي بعد ايام التشريق لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا لان القياس لا مدخل له في معرفة المماثلة عن اداء الدم والصوم والنص خصه بوقت الحج فلا يجوز بعده وفيه بحث من اوجه احدها ان البدل انما يجب اذا كان الاصل متصورا وههنا ليس كذلك لانه ان قدر على الهدي لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر فكان كمسألة الغموس والثاني ان البدل انما يصار اليه عند العجز عن المبدل والعجز عنه انما يتحقق اذا مضى ايام النحر ولم يقدر عليه فلا يجوز البدل عنه قبله والثالث ان الدم واجب عليه عندنا اذا فات صوم الثلثة قبل يوم النحر وهو غير معقول لانه فات بنفسه وبدله فكيف يجب بعد ذلك والجواب ان الصوم بدل عن الهدي اذا لم يجده بعد ما احرم بالعمرة بالنص واصل من حيث انه موقت بوقت معين ولو كان بدلا من كل وجه لكان كالمبدل في الاطلاق بعد ايام النحر لان حكم البدل حكم الاصل في الاطلاق كالتيمم مع الوضوء فبالنظر الى اصالته جاز بغير تصور الاصل وقبل تحقق تمام العجز عنه وبالنظر الى البدلية يلزم الهدي اذا قدر عليه قبل التحلل في يوم النحر للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالحلق واما وجوب الدم بعد مضي ايام النحر اذا لم يصم الثلثة فبناء على الاصل قيل لان الدم هو الاصل وليس مقيدا بايام النحر لقوله تعالى فما استيسر من الهدي غير مقيد بوقت فيجوز ذبحه في يوم النحر وما بعده وفيه بحث من وجهين احدهما ان ذبح هدي المتعة موقت بايام النحر وهو على خلاف مقتضى هذا النص ولو لم يكن مقيدا لجاز قبل يوم النحر وليس كذلك والثاني ان الدم لازم اذا فاته صوم الثلثة عن وقته فكيف عبر المصنف بقوله وجواز الدم

والجواب عن الاول ان هدي المتعة والقران يختص ذبحه بيوم النحر لما سيجيء بيانه وليس بمنتصبه على ما سيأتي في بابه ان شاء الله تعالى فلا يجوز قبله والمراد بالاصل المذكور في الكتاب ما هو المعهود ان الشيء اذا وجب في وقت معين ولم يقدر عليه المكلف به لم يسقط عن ذمته ويجوز ان يأتي به بعد ذلك في اي وقت كان وههنا وجب ولم يقدر عليه فيأتي به في اي وقت قدر وعن الثاني انه عبر عنه بالجواز نظرا الى الصوم فانه لا يجوز في يوم النحر وهذا اجابة فيه وفي غيره فعبر عنه بالجواز هذا الذي سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب وقوله وعن عمر رضي الله عنه اعتضاد لايجاب الدم بعد فوات الصوم وهو ظاهر وقوله وذلك خلاف المشروع يعني ان المشروع ان يكون الوقوف مرتبا على افعال العمرة وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات قياسا على التوجه الى الجمعة ووجه الصحيح ما ذكره من الفرق بينهما وهو ظاهر ووجه كونه منهيا عنه ان الله امر بابتداء افعال العمرة بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والامر بالشيء يقتضي كراهة ضده وكراهة الاباء للنهي وقال الشافعي لا يكون رافضا لعمرته بناء على ان طواف العمرة يدخل في طواف الحج عنده فلا يلزمه طواف مقصود للعمرة والقارن في نظيره في وجوب الدم فعندنا سقط عنه دم القران الذي هو نسك ويلزمه دم لرفض العمرة لان رفع الاحرام قبل اداء الافعال يوجب ذلك كما في الاحصار وعنده لا يجب عليه دم ويقضيها لصحة الشروع فيها

باب التمتع

وجه تاخيره عن باب القران قد سبق هناك فلا نعيده وكلامه واضح قال بعض الشارحين عرف المصنف التمتع بقوله ومعنى التمتع الترفق الى آخره واعترض عليه بانه غير مانع لدخول من يترفق باداءهما والعمرة في غير اشهر الحج في سفر واحد ومن يترفق فيه في اشهر الحج في عامين وهما ليسا بمتمتعين فكان الواجب ان يقول هو الترفق باداء النسكين في اشهر الحج من عام واحد في سفر واحد الى آخره والجواب ان ما ذكره المصنف هو تفسيره واما قوله الترفق في اشهر الحج من عام واحد فهو شرطه وسنذكره والالمام هو النزول يقال الم باهله اذا نزل وهو على نوعين صحيح وفاسد والاداء عبارة عن النزول في وطنه من غير بقاء صفة للاحرام وهذا انما يكون في المتمتع الذي لم يسق الهدي والثاني ما يكون على خلافه وهو انما يكون فيمن ساق فقوله المما صحيحا احتراز عن الالمام الفاسد فانه لا يمنع صحة التمتع عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما على ما يأتي وقوله ويحلق او يقصر فان شرط الاحلال مشروطه هذا التخيير انما كان له اذا لم يكن شعره ملبدا او معقوصا او مضفرا واما اذا كان ملبدا فانه لا يتخير لان التقصير لا يتهيأ الا بالنقض وذلك متعذر منه فيتعين الحلق وقوله وهذا هو تفسير العمرة اي الطواف القدوم والصدر لان معظم الركن فيها هو الطواف وما هو كذلك لا يتكرر كالوقوف بالحج في الحج وقوله ويقطع به اي يقطع زيارة البيت بوقوع البصر على البيت لان الطواف ركن وفي العمرة كطواف الزيارة في الحج فكما تقدم قطع التلبية هناك على الاشتغال بالطواف فكذلك ههنا ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر وقوله ولان المقصود هو الطواف بيانه ان هذا الطواف نسك مقصود يجامع الرمي في كل واحد منهما اول نسك مقصود في هذا اليوم هذا اليوم فكان الرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم فكما ان التلبية يقطع غدا افتتاح الرمي يقطع عند افتتاح هذا الطواف بجامع ان كل واحد منهما اول نسك مقصود في يوم فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يقطع المفرد بالحج التلبية اذا ابتدأ بطواف القدوم لانه اول نسك مقصود في هذا اليوم فالجواب انا لا نسلم انه مقصود لان المراد به ما يكون واجبا وطواف القدوم ليس كذلك سلمناه ولكن ثبت بالنص على خلاف القياس لما روي انه عليه السلام اردف الفضل من مزدلفة الى منى فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة قال ويقيم

وبقي بمكة حلالا لأن المتمتع إذا أحل من عمرته يقيم بمكة حلالا فإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد ولكن ليس كل
بما ذكرنا شرطا فلو أحرم قبل يوم التروية فهو أفضل لأن فيه إظهار المسارعة والرغبة في العبادة ولأنه
أشق فكان أفضل وكذا لو أحرم من الحرم في غير المسجد جاز لما ذكر في الكتاب وقوله على ما بينا إشارة إلى
ما ذكره في أن الأفضل المواقيت لقوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل وقوله وفعل
ما يفعله الحاج المفرد يعني خلا أنه لا يطوف طواف التحية لأنه لما أحل صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي
ويرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لأن هذا أول طواف له في الحج **وقوله** ولو كان هذا المتمتع
بعد ما أحرم بالحج طاف يعني طواف القدوم وسعى قبل أن يخرج إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى
بعده لأنه أتى بذلك مرة ولا تكرار فيه ثم الرمل ههنا يسقط سواء رمل في طواف التحية أو لم يرمل
ولهذا لو سكت عن ذكره فلم يقل طاف ورمل لأن الرمل إنما شرع في طواف بعده سعي ولا سعي ههنا لأنه
وجد مرة وفي هذا الكلام دلالة على أن طواف التحية مشروع للمتمتع حيث اعتبر رمله وسعيه فيه وقوله
وقوله وعليه دم التمتع ظاهر وقوله خلافا للشافعي يعني أنه يقول لا يجوز صوم ثلاثة أيام حتى يحرم بالحج لقوله
تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه وهو الإحرام بالعمرة لأنه طريق يتوصل به إلى
التمتع وأداء المسبب بعد تحقق السبب جائز وقوله على ما بينا إشارة إلى ما ذكر في القران أن نفس الحج
لا يصلح أن يكون ظرفا وقوله وهذا أفضل يعني من متمتع لم يسق الهدي وقوله على ما روينا يريد قوله قالت
عائشة كنت أفتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله لأن ذكر في الكتاب يريد قوله تعالى
ولا الهدي ولا القلائد ويلبي ثم يقلد لأنه يصير محرما بالتقليد والتوجه معه على ما سبق في فصل قبل القران
والشروع في الإحرام بالتلبية أولى لأنها الأصل والتقليد يقوم مقامه والعمل بالأصل أولى عند الإمكان
لا محالة ثم السوق في الهدي أفضل من القود لأن النبي صلى الله عليه وسلم سيقت هداياه إذا أحرم بذي
الحليفة بين يديه وقوله وقالوا والإشعار يعني إلى الصواب في الرواية الأولى وذلك لأن الهدايا
كانت مقبلة غادية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يدخل بين كل بعيرين من قبل الرؤوس وكان الرمح
بيمينه لا محالة فكان يقع طعنه عادة أولا على يسار البعير ثم كان يعطف عن يمينه ويشعر الآخر من قبل يمين
البعير اتفاقا للأول لا قصدا إليه فصار الأمر الأصلي أحق بالاعتبار في الهدي إذا كان واحدا
وقوله وكلاهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج أي لا ينفر ولا يطرد عن الماء والكلأ ويرد إلى صاحبه
إذا ضل وأنه في الإشعار أتم لأنه ألزم لأن القلادة قد تحل وقد يحتمل أن يسقط منها شيء ب
والإشعار لا يفارقها أبدا ثم هذا أول ما يكون سنة إلا أنه عارضه جهة كونه مثلة والمثلة
هي أن يصنع بالحيوان ما يصير به مثلا وقيل هي إيلام ما وجب قتله أو أبيح قتله فقلنا بحسنه ولأبي حنيفة
رضي الله عنه أنه أي الإشعار مثلة وأنه أي فعل المثلة منهي ولو وقع التعارض بين كونه سنة وكونه مثلة
فالترجيح للمحرم فإن قيل النهي عن المثلة كان بأحد والإشعار عام حجة الوداع وكان متأخرا عنه فأين التعارض
أجيب بأن عمران بن الحصين رضي الله عنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا إلا نهانا عن المثلة
فكان الإشعار منسوخا فلا أقل من التعارض والترجيح للمحرم للاحتياط أو للاحتراز عن تكرار النسخ
وقوله وإشعار النبي عليه السلام جواب عما قال الشافعي إنه مروي عن النبي عليه السلام وهو ظاهر
وقوله صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من أمري ما استدبرت أي لو علمت أولا ما علمت آخرا لما سقت
الهدي وقصة ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بأن يفسخوا إحرام الحج ويحرموا بالعمرة
لما بلغوا مكة تحقيقا لمخالفة الكفرة وكانوا لا يفسخون ولا يحلقون ينتظرون رسول الله صلى الله
عليه وسلم هل يحلق أو لا فاعتذر النبي صلى الله عليه وسلم وقال لو استقبلت إلى آخره وبقي فيه إلى سوق الهدي

يمنعه

يمنعه عن التحلل لولا ذلك لتحلل وقوله ويحرم بالحج ظاهر وقوله على ما بينا إشارة إلى ما قال وعند
ذلك التمتع للنص الذي تلونا يعني قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج وقوله وإذا حلق يوم النحر فقد
حل من الإحرامين يعني إحرام العمرة وإحرام الحج فإن قيل التحلل منهما يقتضي بقاء كل منهما عند الحلق
ولو كان إحرام العمرة باقيا عنده لزم القارن دماء إذا جنى بقتل الصيد قبل الحلق بعد الوقوف بعرفة
وليس كذلك بل عليه دم واحد ولو كان الإحرام باقيا لوجب فيهما كما قبل الوقوف أجيب بأن إحرام
العمرة باق للتحلل لا غير لأن التحلل لا يتصور بدونه وأما بالنسبة إلى ما عداه فليس بباق لأن الله تعالى
جعل غاية إحرام العمرة الحج والمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجودها إلا للضرورة وهي بالنسبة إلى التحليل
لا غير فإذا كان كذلك لم تقع الجناية على إحرام العمرة فلا يجب لأجله شيء كإحرام المفرد بالحج بعد الحلق فإنه لا يبقى
في حق سائر المحظورات ويبقى في حق الجماع ضرورة طواف الزيارة وقوله وليس لأهل مكة تمتع ولا قران اعلم
أن أهل مكة ومن كان داخل المواقيت لا تمتع لهم ولا قران عند أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله وإمامهم في ذلك
علي وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم ولو تمتعوا جاز وأساؤوا ولزمهم دم الجبر وقال الشافعي لهم التمتع والقران
ولكن لا دم عليهم واستدل على ذلك بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فإنه بإطلاقه لا يفصل بين آفاقي وغيره
فإن قيل ذلك لم يكن إشارة إلى التمتع المفهوم من تمتع وهو يقتضي أن لا يكون لأهل حاضري المسجد الحرام تمتع
أجاب الشافعي بأن في ذلك إشارة إلى الهدي المعلوم من قوله تعالى فما استيسر من الهدي ولأجل هذا قلنا
قلت إنه لا دم عليهم ولنا قوله تعالى لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ووجهه أن موضوع ذلك في كلام
العرب البعيد والقرآن نزل على لسانهم وما ذكر من الهدي قريب لا يصلح ذلك حقيقة له والتمتع المفهوم
من تمتع بعيد يصلح لذلك فيصار إليه لأن العمل إذا أمكن بالحقيقة لا يصار إلى المجاز بالاتفاق فيكون الآية
حجة عليه فكان فيما الجواب عن استدلاله بإطلاقه قلت لا إطلاق ثمة بل كله من عامة خصت بقوله تعالى لمن لم يكن
أهله حاضري المسجد الحرام ولأن شرعهما ذلك معقول لنا وتقريره أن شرع المتعة والقران لأجل الترفه
بإسقاط إحدى السفرتين وهو ظاهر والترفه بذلك في حق الآفاقي لا في حق غيره **قوله** لا يتوقف هذا التعليل
لقربه حتى تتوقف واعترض بوجهين أحدهما أن النص إن كان يقتضي ما ذكرتم على ما زعمتم لكنه تخصيص الشيء بالذكر لا يدل
على النفي عما عداه والثاني أن الله تعالى شرع القران والمتعة إبانة لنسخ ما كان عليه أهل الجاهلية من تحريم
العمرة في أشهر الحج والنسخ ثبت في حق الناس كافة ورجوع الإشارة إلى ما ذكرتم ينافي ذلك وأجيب عن
الأول بأن تخصيص الشيء بالذكر كما أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا يدل على ثبوته له أيضا والأصل فيه العدم
فيبقى إلى أن يدل الدليل على خلافه وعن الثاني بأن النسخ ثابت عندنا في حق المكي أيضا حتى لو اعتمر في أشهر
الحج جاز بلا كراهة ولكن لا يدرك فضيلة التمتع لأن الإلمام يقطع متعته كما قطع متعة الآفاقي إذا رجع بين
النسكين إلى أهله وفيه نظر لأنه يستدل به على بطلان المتعة لا على عدم إدراك الفضيلة والصواب أن يقال
لأن متعته نقصت عن متعة الآفاقي بضرورة دمه دم جبر وقوله ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي ليس
له متعة ولا قران هذا إلى تفسير أهل حاضري المسجد الحرام فعندنا هم أهل مكة ومن كان داخل الميقات
سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر أو لا وعند الشافعي هم أهل مكة ومن حولها إذا لم يكن بينه
وبين مكة مسيرة سفر كذا في مبسوط شيخ الإسلام **وقوله** بخلاف المكي متصل بقوله وليس
لأهل مكة تمتع ولا قران يعني ليس له ذلك ما دام بمكة بخلاف ما إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح
بلا كراهة لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي قال المحبوبي هذا إذا خرج إلى الكوفة قبل
أشهر الحج وأما إذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات وإنما خص القران لأنه لو ذكر
لأنه إذا خرج المكي إلى الكوفة واعتمر لا يكون متمتعا على ما نذكره وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من

العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه باتفاق أصحابنا لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا وقد تقدم تفسيره وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وعدة من التابعين رحمهم الله وهذا لأن حد التمتع لم يصادق عليه حيث أنشأ لكل نسك سفرا من أهله والمتمتع من يترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة وإن ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحا على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف المكي متصل بقوله وإن ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحا يعني الآفاقي إذا فعل ذلك لا يكون إلمامه صحيحا بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه لأن المراد بالعود هو ما يكون عزم الوطن أي الحرم أو إلى مكة وليس ههنا بموجود لكونه في الحرم أو في مكة فلا يتصور إلى العود وإذا ساق الهدي لا يكون متمتعا فلأن لا يكون إذا لم يسق كان أولى وقوله ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فيه ثلاث مذاهب ذهب الشافعي إلى أنه إذا أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج لا يكون متمتعا وإن أدى الأفعال فيها وقال مالك هو متمتع وإن لم يؤد فيها إذا كان التحلل عن إحرام العمرة فيها وقلنا إن أدى أربعة أشواط فيها كان متمتعا وإلا فلا وجه الشافعي أنه لم يجمع بين النسكين في أشهر الحج لتقدم ركن العمرة عليها وهو الإحرام ووجه قول مالك أن الجمع بينهما موجود باعتبار الإتمام وهو التحلل فيها ولنا ما ذكر في الكتاب أن الإحرام شرط فيجوز تقدمه كتقديم الطهارة على وقت الصلاة والاعتبار بأداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل قيل إذا لم يفعل فيها شيئا فإن ركعات الظهر ليس لها حكم الكل لمعارضة النص الناطق بأربعة الظهر قوله فإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج ظاهر مما ذكرناه **وقوله** وهذا إشارة إلى أنه لم يكن متمتعا والمراد بالنسك العمرة ومعناه أن نسك العمرة يفسد إذا جامع بعدما طاف ثلاثة أشواط ولم يفسد بعدما طاف أربعة أشواط فإن طاف أربعة أشواط قبل أشهر الحج صار بحيث لا يفسد نسكه بالجماع فصار كأنه تحلل قبل أشهر الحج ولو تحلل قبلها لم يكن متمتعا فكذا هذا وعلى هذا يكون هذا المذكور حجة على مالك لأنه يعتبر الإتمام وهذا في حكم الإتمام في حق الفساد فكذا في حق كونه غير متمتع ولأن الترفق إنما يكون بأداء الأفعال والمتمتع هو المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج فلا بد أن يوجد الأفعال كلها أو أكثرها فيه حتى يكون متمتعا والجواب عن الشافعي يفهم من هذا لأن الإحرام ليس من أفعال العمرة بل هو من الشروط

قال وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة. لما ذكر أن المتمتع هو الذي يترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج احتاج إلى أن يبين الأشهر فقال أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر ليال من ذي الحجة فإن قلت هل للمتمتع اختصاص بذلك أو القارن أيضا لا بد له أن يجمع بين النسكين في أشهر الحج قلت قال صاحب النهاية وجدت رواية في المحيط أنه لا يشترط لصحة القران ذلك قال في المنتقى رجل جمع بين حجة وعمرة أي أحرم لهما فقدم مكة وطاف لعمرته في شهر رمضان كان قارنا ولكن لا هدي عليه **وقوله** كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم إنما فصل عبد الله بن الزبير عن العبادلة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس لأنه ما يفهم في عرفهم من إطلاق العبادلة إلا هؤلاء الثلاثة وأما في عرف المحدثين فالعبادلة عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير وليس منهم عبد الله بن مسعود لأنه كان تقدم موته ولأن الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وفي هذا إشارة إلى نفي قول مالك رحمه الله وقت الحج جميع الأشهر الثلاثة وهو مروي عن عروة بن الزبير استدلالا بقوله تعالى الحج أشهر معلومات وأقل الجمع المتفق عليه ثلاثة وفائدة ذلك إنما تظهر في حق جواز تأخير طواف الزيارة إلى آخر ذي الحجة فإن قلت الحج يفوت بمضي عشر ليال وتسعة أيام فلا يكون اليوم العاشر وهو يوم النحر من وقت الحج قلت هو متمسك أبي يوسف في غير ظاهر الرواية ولكنا نقول فوات الحج بطلوع الفجر من يوم النحر لأن الوقوف وهو الركن الأعظم موقت بوقت مخصوص

يفوت

يفوت بفوته لأنه لا يخرج وقت الحج ألا ترى أن طواف الزيارة مخصوص بيوم النحر لا يجوز قبله وهو ركن والركن لا يجوز أن يكون في غير وقته ولقائل أن يقول إن اعتبرتم الفوات يلزم أن لا يكون يوم النحر من وقت الحج وإن اعتبرتم أداء الأركان يلزم أن يكون اليوم الثاني والثالث من وقت الحج لأن طواف الزيارة يجوز فيهما وحينئذ جاز أن يكون ذو الحجة إلى آخره من وقت الحج كما قال مالك والحق أن يقال المعول في ذلك ما نقل عن العبادلة وغيرهم من الصحابة والتابعين أن أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة وفيه نظر لأن المنقول عنهم وعشر من ذي الحجة بالتذكير وهو الليالي فلا يكون حجة في دخول يوم النحر في وقت الحج والجواب أن ذكر أحد العددين من الليالي والأيام بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بإزائه من العدد الآخر كما تقدم في الاعتكاف فإن قيل سلمنا ذلك لكن ما وجه دخول شوال وذي القعدة في وقته والحج لا يصح فيهما أجيب بأن بعض أفعاله يصح فيهما ألا ترى أن الآفاقي إذا قدم مكة في شوال وطاف طواف القدوم وسعى بعده فإن هذا السعي يكون السعي الواجب في الحج فإنه لا يجب الإعادة ولو فعل ذلك في رمضان لم يجزه عن السعي الواجب في الحج قوله وهذا أي ما روي عن العبادلة وما ذكرنا من المعقول يدل على أن المراد من قوله تعالى الحج أشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله ولم يذكر كيفية الدلالة على ذلك ومن الشارحين من قال لفظ أشهر عام فيجوز أن يراد منه بعضه وليس بشيء لأن ما ينتهي إليه الخصوص إذا كان العام جمعا الثلاثة ولأن الخصوص إنما يكون بإخراج أفراد العام لا بإخراج بعض كل فرد ومنهم من قال اسم الجمع يشارك فيما وراء الواحد بدليل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما فإن المراد بالجمع التثنية ورد بأن ذلك عند عدم الالتباس كما في هذا المثال وما نحن فيه ملتبس وأقول هو من باب ذكر الكل وإرادة الجزء فإن قلت فيكون مجازا فلا بد له من قرينة قلت سياق الكلام لأنه قال الحج أشهر والحج نفسه ليس بأشهر فكان تقديره والله أعلم الحج في أشهر والظرف لا يستلزم الاستغراق فكان البعض مرادا وعليه ما روي عن العبادلة وغيرهم وقوله فإن قدم الإحرام عليها أي على أشهر الحج جاز وانعقد حجا خلافا للشافعي فإنه عنده يصير محرما بالعمرة لأنه ركن عنده فلا يتحقق قبل أوانه فإن قيل المذكور في الكتاب يدل على أنه لا يقع عن الحج والمدعى وقوعه إحراما للعمرة فالجواب أن الإحرام إذا وجد ولم يصلح أن يكون للحج ينصرف إلى ما يصلح له حذرا عن الإلغاء كصوم القضاء من النهار فإنه يكون شارعا في النفل وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت فإن قيل لو كان شرطا لما كره قبل أشهر الحج لكنه مكروه أجيب بأن الكراهة ليست للتقديم على الوقت بل لئلا يقع في المحظور بطول الزمان وقوله ولأن الإحرام تحريم أشياء أي يستلزم تحريم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الرأس ونحو ذلك وإيجاب أشياء كالرمي والسعي ونحوهما وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان أي الميقات لا يقال هذا كله تعليل في مقابلة النص وهو ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال المهل بالحج في غير أشهر الحج مهل بالعمرة وفي ذلك دلالة على أنه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه لأنا نقول هذا الحديث شاذ فلا يعتمد عليه على مثله

قال وإذا قدم الكوفي بعمرة. هذه المسألة على أربعة أوجه الأول ما ذكره في الكتاب بقوله ثم اتخذ مكة دارا يعني أقام بها بعدما فرغ من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك وهو في هذا الوجه متمتع والثاني ما ذكره ثانيا بقوله أو اتخذ البصرة دارا وحج من عامه ذلك وذلك وهو متمتع وهو منصرف إلى الوجهين جميعا وهو رواية الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا والثالث هو أن يخرج من مكة ولا يجاوز الميقات حتى يحج من عامه ذلك وفيه أيضا متمتع ولم يذكره لأن حكمه يعلم من الوجه الأول والرابع هو أن يخرج من مكة ويجاوز الميقات وعاد إلى أهله ثم حج من عامه ذلك وفي هذا الوجه ليس بمتمتع لأنه ألم بأهله إلماما صحيحا ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكره لكونه معلوما مما تقدم **وقوله** أما الأول أي الوجه الأول وإنما صار فيه متمتعا لأنه ترفق بالنسكين في سفر واحد في أشهر الحج من غير أن يلم بأهله إلماما صحيحا ومثله متمتع وأما الثاني فقيل

بالاتفاق وذكر الجصاص انه لا يكون متمتعا على قول الكل ذكره في المحيط وقوله المصنف رحمه الله مليس لانه قال
يقيل هو بالاتفاق وهو يحتمل ان يكون في كونه متمتعا والثاني هو المراد على ما ذكره الجصاص وروى الحاكم اذ لا يكون
الشهيد عن ابي عصمة سعد بن معاذ رحمهما الله ان ما ذكر في الكتاب يعني الجامع الصغير قول ابي حنيفة وعلى
قولهما لا يكون متمتعا وهكذا ذكر الطحاوي لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهذا ليس كذلك لان نسكاه
ميقاتيان لانه بعدما جاوز الميقات حلالا وعاد يلزمه الاحرام من الميقات فكان كالملم باهله ولابي حنيفة ان
السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى اهله فكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج والحاصل ان الاصل
عنده انه ما لم يصل الى اهله فهو بمنزلة من لم يجاوز الميقات وعندهما ان من خرج من الميقات بمنزلة من وصل
الى اهله وانما قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع لان فائدة الخلاف تظهر في حق وجوب الدم فقال
وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر ولهذا احل له التناول منه فصار الى ايجابه باعتبار هذه الشبهة
احتياطا وقوله فان قدم بعمرة اي باحرام عمرة فافسدها بان جامع امرأته قبل افعال العمرة وفرغ منها يعني مضى
وقصر فحل ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج اي قضى العمرة التي افسدها وحج من عامه ذلك
لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة يعني اذا كان خروجه الى البصرة في اشهر الحج واما اذا خرج قبل اشهر الحج واعتمر وحج من
عامه ذلك فانه يكون متمتعا بلا خلاف كذا في النهاية بالاعتراض مبسوط شيخ الاسلام والفوائد الظهيرية وقال
ابو يوسف ومحمد هو متمتع والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب **وقوله** واذا تمتعت المرأة فضحت بشاة
لم يجزها من المتعة لانها اتت بغير الواجب عليها دم المتعة والاضحية ليست بواجبة ولئن كانت واجبة بان اشترت
بنية الاضحية فذلك واجب آخر عليها غير ما وجب بالتمتع وكذلك الجواب في الرجل وانما خصت المرأة لان السائل كانت
امرأة فوضعت المسئلة على ما وقع واما لان الغالب من حالهن الجهل وتسمية التضحية في هدي المتعة لا يكون الا عن
جهل ثم لما لم يجزها عن دم المتعة كان عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة الذي كان واجبا عليها ودم آخر
لانها قد حلت قبل الذبح واذا حاضت المرأة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج
غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف وهو ما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم دخل عليها وهي تبكي فقال عليه السلام ما يبكيك لعلك نفست فقالت نعم فقال عليه وسلم السلام
هذا شيء كتبه الله على بنات آدم دعي عنك العمرة او قال ارفضي عمرتك وانقضي رأسك وامتشطي واصنعي جميع
ما يصنع الحاج غير انك لا تطوفي بالبيت والاستدلال انما هو بقوله واصنعي جميع ما يصنع الحاج وليس فيه ما يدل
على الاغتسال ولكن فيما روى ابو داود في السنن باسناده الى عائشة رضي الله عنها قالت نفست اسماء بنت عميس
محمد بن ابي بكر رضي الله عنه فامر النبي صلى الله عليه وسلم ابا بكر ان تغتسل وتهل دليل على ذلك ولان الطواف
في المسجد والحائض ممنوعة عن دخوله والوقوف في المفازة وليست ممنوعة عنها كالرجل لا فائدة في هذا
الاغتسال لانها لا تطهر به مع قيام الحيض اجاب بقوله وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا
للنظافة وقوله ولا شيء عليها لطواف الصدر اي لترك طواف الصدر لانه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض
في ترك طواف الصدر وعن عائشة رضي الله عنها ان صفية بنت حيي حاضت فقال عليه السلام عقري حلقي انك
لحابستنا اما طفت يوم النحر قالت بلى قال عليه السلام فلا باس انفري فلما ثبتت الرخصة للحائض والنفساء في ترك
طواف الصدر لم يجب بتركه شيء لان الاصل ان كل نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه شيء وعقري وحلقي فعلى
عند المحدثين ومعناه عقر جسدها واصابها في حلقها وجع **وقوله** ومن اتخذ مكة دارا ظاهر وقوله
بعدما حل النفر الاول يعني اليوم الثالث من ايام النحر لانه وجب بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك
كمن اصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر لا يحل له ان يفطر فاما اذا اتخذ مكة دارا قبل ان يحل النفر الاول
فلا يجب عليه طواف الصدر لانه صار كالمقيم سافر قبل ان يصبح فانه يباح له الافطار وعلى قول ابي يوسف يسقط

عنه

عنه طواف الصدر الا ان يكون عزم على الاقامة بعدما افتتح الطواف لان وقت الطواف باق بعدما حل
النفر الاول وما بقي الوقت لا يصير دينا في ذمته فيسقط بالعارض المغير كالمرأة التي حاضت في وقت الصلوة
لا يلزمها قضاء تلك الصلوة

باب الجنايات

لما فرغ عن بيان احكام المحرمين بدأ بما يعتريهم من العوارض من الجنايات والاحصار والفوات وهي جمع جناية
والجناية اسم لفعل محرم شرعا سواء حل بمال او نفس ولكنهم اعني الفقهاء خصوها بالفعل في النفوس والاطراف
واما الفعل في المال فسموه غصبا والمراد ههنا فعل ليس للمحرم ان يفعله وانما جمع لبيان انها انواع
وقوله واذا تطيب المحرم التطيب عبارة عن لصوق عين له رائحة طيبة ببدن المحرم او بعضو منه فلو شم طيبا
ولم يلتصق ببدنه من عينه شيء لم يجب عليه شيء ذكره اولا ان تطيب المحرم يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه
الحاج الشعث التفل والتطيب يزيل هذه الصفة فكان جناية لكنها تتفاوت بتفاوت محل الجناية ففصل
ذلك بقوله فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وقوله فما زاد فضل في البين وقوله وذلك مثل الرأس
ظاهر والفاصل في الارتفاق بين الكامل والقاصر العادة فان العادة في استعمال الطيب قضاء التفث في عضو
كامل فيتم به الجناية وفيما دونه جنايته نقصان فيليه الصدقة وقوله ومحمد يذكر الفرق بينهما هو قوله الا
ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل الى آخره وقوله الا في موضع يعني اذا طاف طواف الزيارة جنبا واذا طاف
بعد الوقوف لعرفة وقوله الا ما يجب بقتل القملة والجرادة يعني ان التصدق فيهما غير مقدر بنصف صاع
بل يتصدق بما شاء وقوله عليه السلام الحاطبة قاله قاله حين نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وان صار ملبدا بان كان
الحناء جامدا غير مائع فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية يعني اذا غطاه يوما الى الليل فان كان اقل من ذلك
فعليه صدقة وكذا اذا غطى ربع الرأس اما اذا كان اقل من ذلك فعليه صدقة وقوله باعتبار انه يغلف رأسه
اي يغطيه والوسمة بكسر السين وتسكينها شجرة ورقها خضاب **وقوله** وهذا الذي تاويل ابي يوسف بالغلو
يحتج لان تغطية الرأس يوجب الجزاء وقوله ثم ذكر في الاصل يعني في مسئلة الحناء والحية واقتصر في الجامع
الصغير على ذكر الرأس خاصة وفي ذلك دلالة على ان كل واحد منهما مضمون وقوله وان ادهن بزيت يعني بزيت
خالص اما المطيب بغيره فيجيء ذكره فعليه دم اذا بلغ عضوا كاملا وكلامه ظاهر وقوله انه اصل الطيب فان الروائح
تلقى فيه فتصير غالية فصار كبعض الصيد في الاصالة يلزم بكسرها الجزاء فكذا باستعماله وهذا الخلاف في الزيت
البحت اي الخالص والحل اي دهن السمسم اما المطيب منه كالبنفسج وهو معروف والزنبق على وزن العنبر
دهن الياسمين وما اشبههما كدهن البان والورد فيجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمل
على وجه التطيب ولو داوى به جراحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه وهو ظاهر وقوله بخلاف ما اذا تداوى
بالمسك وما اشبهه كالعنبر والكافور لانها طيب بنفسها فيجب الدم باستعماله وان كان على وجه التداوي ولو
وان لبس ثوبا مخيطا حكم اللبس ايضا كذلك **وقوله** ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس لانه اعد لذلك
قال الله تعالى سرابيل تقيكم الحر وهذا المعنى قد يتم فيكون الارتفاق كاملا وقد يقصر فيكون ناقصا فلا بد من حد
فاصل بين الكامل والقاصر فتعين الجزاء بحسب ذلك فقدر باليوم او الليلة لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة فان من
لبس ثوبا يليق بالنهار ينزعه في الليل ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه في النهار فاذا نزع دل على تمام الارتفاق
فيجب فيه الدم وما دون ذلك تتقاصر الجناية لنقصان الارتفاق فيجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر
مقام الكل لان المرء قد يرجع الى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للناس وكان اللبس في اكثر اليوم ارتفاقا
مقصودا ولكن هذا امر مضبوط فان احوال رجوع الناس الى بيوتهم قبل الليل مختلفة بعضهم يرجع في وقت الضحى وبعضهم
قبله وبعضهم بعده فكان الظاهر هو الاول وقوله ولو ارتدى بالقميص او اتشح به الاتشاح هو ان يدخل ثوبه
تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر وقوله خلافا لزفر هو يقول انه مخيط فاذا ادخل فيه منكبيه صار لابسا

للمخيط فان القباء ليس هكذا عادة وقلنا ما لبس لبس القبا لان العادة في ذلك الضم الى نفسه باذخال المنكبين واليدين لانه ماخوذ من القبو وهو الضم ولم يوجد ولهذا يتكلف في حفظه وعلى هذا الوزرة ولم يدخل يديه في الكمين كان لابسا لانه لا يتكلف اذ ذلك في حفظه وانما اعاد قوله والتقدير في تغطية الراس ليبني عليها الفروع وقوله ما بيناه هو ما قال لا او غطى راسه يوما كاملا وقوله ولا خلاف انه اذا غطى راسه ظاهره وقوله معناه بعض الراس كالاتراك والاكراد فانهم يغطون ربع ويشهرون بالقلانس اصغار ويعدون ذلك رفقا كاملا وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الراس اعتبارا للحقيقة اي حقيقة الكثرة اذ حقيقتها انما تثبت اذا كان ما اقل منها والربع والثلث كثير حكما لا حقيقة **وقوله** واذا حلق ربع راسه ظاهر وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل عملا بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم فان الراس اسم للكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل وهو ثلث شعرات وعلق الحكم باسم الجنس والحكم المعلق باسم الجنس يتادى بادنى ما ينطلق عليه الاسم كما في نبات الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه معتاد فان الاتراك يحلقون اوساط رؤسهم وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لا ابتغاء الراحة والزينة والارتفاق الكامل تتكامل به الجناية كما تقدم وتتقاصر فيما دونه وفي قوله فتتكامل به الجناية اشارة الى دفع قول مالك فانه قال يحلق كل الراس تتكامل الجناية فاشار الى ان الجناية تتكامل بالبعض ايضا وفي قوله وتتقاصر فيما دونه اشارة الى نفي قول الشافعي انه يجب الجزاء بالقليل فاشار الى ان الجناية في القليل قاصرة فكيف يوجب الدم واما حلق الكل فهو متعارف فان الاكاسرة كانوا يحلقون لحيهم وكذلك الاخذ من اللحية مقدار الربع وما دونه معتاد بالعراق وارض العرب فكان مقصودا بالارتفاق كحلق الراس فالحق به احتياطا لايجاب الكفارة في المناسك فانها مبنية على الاحتياط حتى وجب بالانكار خلاف القلب ربع العضو لانه غير مقصود واذا ... الاقتصار على الربع فكان العضو الكامل في التطيب كما لا ربع في الحلق في حق الكل وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة قيل اذا كان كل واحد من الابطين مقصودا بالحلق وجب ان يجب بحلقهما دمان واجيب بان جنايات الحرم اذا كانت من نوع واحد يجب فيها ضمان واحد الا ترى انه اذا حلق شعر جميع بدنه لا يجب الا دم واحد وذكر في الابطين الحلق ههنا يعني في الجامع الصغير وفي الاصل ان المسنون النتف وهو السنة بخلاف العانة فان السنة فيها الحلق لما جاء في الحديث عشر من الفطرة منها الاستحداد وتفسيره حلق العانة بالحديد وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا فعليه دم وقيل قولهما بيان لقول ابي حنيفة رضي الله عنه لا انه خلاف لهما في ذلك وانما خصا بالذكر لان الرواية محفوظة عنهما **وقوله** اراد به اي بقوله عضوا الصدر والساق وما اشبه ذلك مثل الفخذ والعضد فان قيل الجناية بالحلق انما تتكامل اذا كان العضو مقصودا بالحلق وما ذكر ليس كذلك قلت هذا الذي ذكرت هو ما ذكر في المبسوط قال بعد ما ذكر حلق الراس ثم الاصل بعد هذا انه متى حلق عضوا مقصودا بالحلق من بدنه قبل ان يحل فعليه دم وان حلق ما ليس بمقصود فعليه صدقة ثم قال ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ولكن المصنف ذكر ما هو الموافق لرواية الجامع الصغير بحرا الاملا نظرا الى انه مقصود بالنورة اي ازالته بالنورة ولا فرق عند الائمة الاربعة في ازالة الشعر بين الحلق والنتف والنورة فكانت الجناية بحلق كله كاملة وبحلق بعضه قاصرة **وقوله** فان اخذ من شاربه ظاهر وقيل الشارب عضو مقصود بالحلق فان من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية فكان الواجب بكامل الجناية بحلقه واجيب بان مع اللحية في الحقيقة عضو واحد لاتصال البعض بالبعض فلا يجعل في حكم اعضاء متفرقة كالراس فان من العلوية من عادته حلق مقدم الراس وذلك لا يدل على ان كله ليس بعضو واحد وقوله يدل على انه هو السنة دون الحلق فهو المذهب عند بعض المتاخرين من مشايخنا لما روي عن النبي عليه السلام انه قال عشر من فطرتي وفطرة

ابراهيم

ابراهيم خليل الرحمن وذكر من جملتها قص الشارب وقوله حتى يوازي الاطار قال في المغرب اطار الشفة ملتقى جلدتها ولحمتها مستعار من اطار المنخل والدف **قال** وان حلق موضع المحاجم فعليه دم المراد بالمحاجم ههنا جمع محجم اسم آلة من الحجامة بدليل ذكر لفظ الموضع فلا يصح ان يكون جمع محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة وذلك ظاهر واما دليل ابي حنيفة ففيه اشتباه لانه جعل حلقه مقصودا ووسيلة وهما متنافيان واجيب بانه لم يقل بان حلقه مقصود لذاته بل قال مقصود وما لابتناء المقصود لذاته الا به فهو مقصود وان كان لغيره فلا تنافي بينهما بقي الكلام في ان المراد بالمقصود اعم من ان يكون لذاته او لغيره وقوله عن عضو كامل يعني ان هذا الموضع في حق الحجامة عضو كامل وقوله وان حلق يعني المحرم راس محرم بامره او بغير امره الحالق والمحلوق دائر اما ان يكونا حلالين او محرمين او الحالق حلالا والمحلوق محرما او بالعكس من ذلك فالاول لا كلام فيه والثاني على الحالق فيه الصدقة حلق بامر المحلوق او بغير امره خلافا للشافعي فيهما فانه يقول لا شيء على الحالق مطلقا لان الموجب هو الارتفاق وهو لا يتحقق بحلق شعر غيره ولا على المحلوق اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من المواخذة بحكم الفعل والنوم ابلغ منه لان القصد يفسد بالاكراه وينعدم بالنوم وقلنا في الحالق ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم وتناول محظورات الاحرام يوجب الجزاء سواء كان في بدنه او في بدن غيره كما في نبات الحرم فلا تفرق الحالة بين شعره وشعر غيره الا ان الجناية في شعره متكاملة فيلزمه فيه الدم وفي غيره الصدقة وفي المحلوق راسه يقرر السبب وهو نيل الراحة والزينة وذلك يوجب الدم والنوم والاكراه لا يبطلان ما يعين لان المانع يبقى بها دون الحكم بل ذكر المصنف ههنا ان بحلق الشعر تحصل الزينة فيجب الكفارة وذكر في الديات من هذا الكتاب ان في شعر الراس الدية لانه يفوت به منفعة الجمال وذلك تناقض لان الجمال هو الزينة واجيب بان ذلك الجمال وذلك تناقض من حيث الحلقة ولهذا يتكلف عادة في ستره وتحصل بحلقه زينة ازالة الشعث والتفل واذا احلق اللحية زال التناقض وقوله بخلاف المضطر متصل بقوله حتما اي بخلاف المحرم المضطر الى حلق راسه فانه اذا احلقه يتخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين وان شاء صام ثلاثة ايام لان الافة هنالك سماوية وههنا من العباد ثم المحلوق راسه لا يرجع على الحالق بما وجب عليه من الدم وقال بعض العلماء يرجع لانه هو الذي اوقعه في هذه العهدة فكانه احدهذا القدر من ماله وقلنا الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور اذا ضمن العقر لا يرجع على الغار لانه في مقابلة ما استوفاه من منافع البضع وقوله وكذا اذا كان الحالق حلالا هو الوجه الثالث من الاقسام العقلية وليس فيه على الحالق شيء الا في المحلوق الخلاف المذكور **وقوله** في مسئلتنا اراد به ما اذا كان الحالق محرما وقوله في الوجهين اراد به ما اذا كان الحالق محرما ما كان بامره او بغير امره وقوله فان اخذ يعني المحرم من شارب حلال او قص اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بيناه يعني قوله ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام وقوله ولا يعرى عن نوع ارتفاق اشارة الى الجواب عما قال الشافعي رحمه الله حلق راس غيره والاخذ من شاربه بمنزلة ان يلبس غيره مخيطا في عدم ارتفاقه فكما لا يجب في الالباس عليه شيء فكذلك ههنا وذلك لان في الحلق والاخذ من الشارب ارتفاقا له لان الانسان يتاذى بتفث غيره وليس في الالباس المخيط ذلك لكن التاذي بتفث غيره اقل من التاذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام **وقوله** وان قص اي المحرم اظافير يديه ورجليه ظاهر لان الجناية من نوع واحد يعني تسمية ومعنى اما تسمية فلان الكل يسمى قصا واما معنى فلان الارتفاق من حيث القص وهو شيء واحد وقوله لان مبناها على التداخل يعني ان المحرم اذا قتل صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة واذا كانت في حق الحرم والاحرام جميعا فكان مبناها على ذلك فاشبه كفارة وهما يقولان كفارة الاحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل انها تجب على المعذور كالمكره والناسي والخاطئ والنائم والمضطر وبالنظر الى ذلك لا يتداخل

فقلنا يتقيد ايضا الكل باتحاد المجلس لانه اذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والحال مختلفة فرجحنا اتحاد المقصود بوجود الجامع وهو المجلس واما اذا اختلف المجالس فيترجح جانب اختلاف الحال ويلزم لكل واحد دم عملا بالوجهين فان قيل الجنايات اذا كانت من جنس واحد لا يتعدد الكفارة كما اذا حلق رأسه في مجالس مختلفة فان عليه كفارة واحدة لذلك فالجواب ان ههنا اتحاد المقصود واتحاد المحل واتحاد المجلس وكذا الاختلاف فيها فمتى اتحد الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارات متعددة ومتى اتحد المقصود واختلف الحال فان اتحد المجلس يقوى جانب الاختلاف وتعددت الكفارة فاذا عرفت هذا ظهر لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الواحد عند اتحاده ولا يلزم حلق الرأس عليه لان المحل متحد والمقصود كذلك بخلاف محل النزاع لان الحال فيه مختلفة ولا يشكل بحلق الابطين فان المقصود متحد والحال مختلفة ولا يختلف الحال في اتحاد الجزاء بين ما كان المجلس متحدا او مختلفا لان ذلك لا رواية فيه ولئن كانت فثمة ما يوجب اتحاد الحال وهو التنور فانه لو تنور جميع البدن لم يلزمه الا كفارة واحدة وقد تقدم ان الحلق مثل التنور وليس في صورة النزاع ما يجعلها كذلك وقوله وان قص يدا او رجلا ظاهر **وقوله** دم المذكور اي القدوري ان الاظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمه وكل ما هو كذلك لا يقام اكثره مقامه اما انها اقل ما يجب الدم بقلمه فلانه انما وجب الدم باعتبار قيامه مقام الكل وفي ذلك شبهة وليس بعد الشبهة الا شبهة الشبهة وهي غير معتبرة بحال وقد اشار الى هذا التعليل بقوله وقد اقمناها مقام الكل وهو موضع الحال اي انها اقل ما يجب الدم بقلمها حال كونها مقامة مقام الكل ففيها شبهة الكلية الى اخر ما ذكرنا واما ان كل ما هو كذلك لا يقام اكثره مقامه فلما قال لانه يؤدي الى ما لا يتناهى لانه اذا اقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنين مقام الثلاثة ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ثم الظفر الواحد مقام ظفر ونصف وهلم جرا فيفضي الى التحكم والمراد بقوله الى ما لا يتناهى الى ما يبطل اعتباره لان الجسم عندنا اهل السنة والجماعة يتناهى الى الجزء الذي لا يتجزى فلا بد له من ان يلزم ذلك وذلك ما قلنا وان قص خمسة اظافير متفرقة بالصفة للعدد كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمة الله عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد بجامع انه قص خمسة اظافير ولا تفرقة في ذلك بين ان يكون من يد واحدة او من يد ورجل وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما ان الدم انما يجب عند كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وهذا ليس كذلك لانه يتألم على هذا الوجه ويتأذى ويتشين بذلك بخلاف الحلق لانه معتاد فان من يأخذ شيئا من مقدم رأسه وشيئا من مؤخره فاذا اجتمع الجميع بقدر مقدار الربع واذا انتقصت الجناية يجب فيها الصدقة ومقدارها لكل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء حتى لو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو اربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين الا ان يبلغ ذلك دما فينقص منه ما شاء وقوله وان انكسر ظفر المحرم ظاهر وقوله والآية نزلت في المعذور قال كعب بن عجرة بضم العين وسكون الجيم مر بي رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتهافت على وجهي وانا اوقد تحت قدر لي فقال ايؤذيك هوام رأسك فقلت نعم فانزل الله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك فقلت ما الصيام يا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ثلاثة ايام كما ذكره في الكتاب ولولا تفسيره عليه السلام لقدرنا الصيام بستة ايام لانه لما يقدر الطعام بستة مساكين كان القياس ان يكون الصوم ستة ايام وحكم كل ما اضطر اليه مما لو فعله غير المضطر وجب عليه الدم كذا لا يجب احد الاشياء المذكورة قوله وكذلك الصدقة عندنا يعني خلافا للشافعي فانه يقول لا يجزيه الا الصيام الا في الحرم لان المقصود التوسع بفقراء الحرم ووصول النفع اليهم وقوله تعالى لما بينا اشارة الى قوله لانه عبادة في كل مكان وقوله واما النسك فيقال نسك لله نسكا ومنسكا اذا ذبح لوجهه ثم قالوا الكل عبادة نسك ومنه قوله تعالى قل ان صلاتي ونسكي والمراد به ههنا الهدي الذي يذبح في الحرم نظير في الجزاء عما باشره من محظورات الاحرام كالطيب والحلق في حالة العذر وذلك مخصوص بالحرم بالاتفاق

يقوي جانب الاتحاد فلزمه كفارة واحدة وهي اختلاف المجلس

لان الاداء

لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان كالاضحية وهدي المتعة والقران في ايام النحر او في مكان كما في دماء الكفارات قال الله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة وذلك واجب بطريق الكفارة وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان وهو الحرم وليس المعنى بالاختصاص اراقة الدم لا غير لانه تلويث الحرم انما المقصود هو التصدق باللحم بعد الذبح فعليه ان يتصدق بلحمه على فقراء الحرم وغيرهم عندنا وقوله ولو اختار الطعام اجزاه ظاهر وابو يوسف نظر الى كفارة اليمين في القران فانه ذكر بلفظ الاطعام وهو يفيد الاباحة والى تفسير النبي عليه السلام فانه اطعم ستة مساكين ومحمد نظر الى قوله او صدقة فانها تنبئ عن التمليك بخلاف كفارة اليمين فان المذكور فيها الاطعام لا الصدقة

فصل

قدم جناية الطيب ونحوها على جناية الجماع ودواعيه لان الطيب واللبس كالوسيلة للجماع والوسائل تقدم ولهذا قدم في هذا الفصل ذكر دواعي الجماع عليه فان نظر المحرم الى فرج امرأته اي الى داخل فرجها وهو موضع البكارة وانما يتحقق ذلك عند كونها متكئة لشهوة فامنى اي انزل المني لا شيء عليه من الكفارة لان المحرم هو الجماع وهو قضاء الشهوة على الاجماع صورة وهو الايلاج ومعنى وهو الانزال ولم يوجد ذلك فصار كما لو تفكر فامنى فانه لا يجب عليه شيء لما قلنا فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم سواء انزل او لم ينزل على رواية الاصل وفي الجامع الصغير شرط الانزال حيث قال اذا مس بشهوة فامنى ولهذا ذكر رواية الجامع الصغير وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج من الادخال بين الفخذين والسرة والبطن فان الفرج يراد به القبل والدبر فما دونه يكون ما ذكرناه وروي عن الشافعي انه اذا انزل فسد احرامه في جميع ذلك بمعنى القبلة بشهوة والمس بشهوة والجماع فيما دون الفرج واعتبر ذلك بالصوم فانه انما يفسد بهذه الاشياء اذا انزل لانه مواقعة معنى ولنا على ان الاحرام لا يفسد وان الانزال ليس بشرط لوجوب الكفارة في هذه الصور ان فساد الحج يتعلق بالجماع لانه لا يفسد بغيره من المحظورات بالاجماع وهذا ليس بجماع فلا يتعلق به فساد الحج الا ان فيه الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك من محظورات الاحرام لما تقدم ان دواعي الجماع ملحقة فيلزمه الدم وقوله بخلاف الصوم جواب عن اعتباره بالصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة حيث كان الكف عنها ركنا وقضاؤها بدون الانزال فيما دون الفرج لا يتحقق وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج باداء افعاله كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجهما وعليهما الحج من قابل ولا فرق في ذلك بين ان يكون عامدا او ناسيا او هي نائمة او مكرهة وهكذا يعني مثل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم نقل عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقال الشافعي يجب بدنة كما لو جامع بعد الوقوف والجامع تغلظ الجناية والحجة عليه اطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام يريقان دما ذكره مطلقا فيتناول الشاة لانه متيقن فان قيل المطلق ينصرف الى الكامل والجزور كامل فينصرف اليه فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل اذا لم يكن ما يمنعه وهو ههنا موجود لان الجماع قبل الوقوف لما كان سببا للقضاء خف معنى الجناية لاستدراك المصلحة الفائتة بالقضاء فلو اوجبنا البدنة لزم ايجاب الجزاء الغليظ في مقابلة جناية خفيفة وهي خلاف مقتضى الحكمة بخلاف ما اذا كان بعد الوقوف فان الجناية لم تخف لعدم وجوب القضاء فايجاب البدنة في مقابلتها على مقتضى الحكمة والى هذا اشار المصنف رحمه الله بقوله ولان القضاء لما وجب الى اخره وعن ابي حنيفة في غير القبل منهما اي من السبيلين وقيل من المرأة والرجل لا يفسده لتقاصر معنى الوطء ولهذا لم يوجب الحد ولا يجب المهر بالاجماع وفي رواية يفسده لانه كامل من حيث انه ارتفاق وعندهما يفسده لانه يوجب الحد وقوله وليس عليه ان يفارق امرأته الاصل فيه ان الصحابة رضي الله عنهم قالوا اذا رجعا للقضاء يفترقان معناه يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه فمالك رحمه الله اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال كما خرجا من بيتهما فعليهما ان يفترقا وقال زفر رحمه الله يفترقان من وقت الاحرام لان الافتراق نسك بقول الصحابة رضي الله عنهم ووقت اداء النسك بعد الاحرام وهذا ليس بشيء لان القضاء يحكي الاداء فما لم يكن نسكا في الاداء لا يكون نسكا

في القضاء وقال الشافعي رحمه الله اذا اقتربا من المكان الذي جامعها فيه يفترقان لانهما لا يأمنان اذا وصلا الى ذلك الموضع ان يقعا فيما اشتهياه فيواقعاها والمصنف رحمه الله ذكر دليلنا على وجه هو دافع لاقوالهم وهو واضح ونقول مراد الصحابة رضي الله عنهم انهما على سبيل الندب ان خافا على انفسهما الفتنة كما يندب للشاب الامتناع عن التقبيل في حالة الصوم اذا كان لا يأمن على نفسه ما سواه ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل رمي جمرة العقبة فان حجه يفسد لان احرامه قبل الرمي مطلق اي كامل حيث لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم والجماع في الاحرام المطلق مفسد للحج كما اذا كان قبل الوقوف بخلاف ما بعد الرمي فانه قد جاء اوان التحلل وحل له الحلق الذي كان حراما على المحرم وقوله لقوله عليه السلام دليلنا ووجه ذلك انه صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس المراد به التمام من حيث الاداء لان الاتفاق على انه بقي بعض الاركان فكان المراد به التمام من حيث انه يأمن من الفساد بعده لما كان حجه بالوقوف الا ترى انه يأمن من الفوات بعد الوقوف فكما ثبت حكم التمام في الامن عن الفوات كذلك ثبت في الامن عن الفساد فان قيل لو كان كذلك لما وجبت البدنة لان الشيء بعد تمامه لا يقبل الجناية فلا يقتضي جزاء اجاب بقوله وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روي عنه انه اذا جامع قبل الوقوف بعرفة فسد نسكه وعليه دم واذا جامع بعد الوقوف فحجه تام وعليه بدنة وروي انه قال لا تجب البدنة في الحج الا في موضعين من جامع بعد الوقوف بعرفة ومن طاف طواف الزيارة جنبا ولم يعرف له مخالف فحل محل الاجماع وقيل مثله لا يدرك بالراي فيه وكان مسموعا وقوله او لانه قيل انما ذكره او لكون اثر ابن عباس رضي الله عنهما غير مشهور فاني لها يكون متمسكا باحدهما وفيه نظر لان المطلوب اثبات الوجوب وهو يثبت بخبر الواحد لا يتوقف على الاشتهار ولعله اراد باحد الخبرين بلا تسلسل عن لبيه وتقريره الجماع على الارتفاقات لوفور لذته وكل ما كان كذلك يتغلظ موجبه لوجود التطابق بين الموجب والموجب مقتضى الحكمة وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لظاهر

وقوله ومن جامع في العمرة بيان الجناية على احرام العمرة وهو واضح لكن يتوهم منه تفضيل طواف الزيارة فانه اذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة اربعة اشواط لم يجب عليه شيء وان فعل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما ذكر في الكتاب واجيب بان ذلك ليس من حيث التفضيل بل من حيث محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب انما يؤتى به بعد التحلل بالحلق او التقصير غاية ما في الباب ان حكمه باق في حق النساء وهو وقوع الزلل في الاحرام فقام اكثر اشواطه مقام كله بخلاف العمرة فان طوافها قبل التحلل فكان ارتكاب المحظور في محض الاحرام فيجب الدم ولهذا قلنا ان لم يحلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد ما طاف لها اربعة اشواط وجب عليه الدم كما في طواف العمرة لذلك وقال الشافعي رحمه الله تفسد في الوجهين اي فيما اذا جامع قبل ان يطوف اربعة وبعده لانهما يستويان في افساد الحج فكذلك في العمرة لانها عنده فريضة كالحج وقوله وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج لو قال للاحرام كان اشمل لتناوله العمرة وجعل النسيان غير مؤثر في فساده كما في الصوم وجعل الاكراه والنوم كالنسيان بناء على ان الاكراه لما اباح الاقدام وانعدم اصل الفعل مع كونه قاصدا كان النوم اولى لانتفاء القصد واذا انعدم الفعل لم يكن جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهو ان يكون بعين الجماع لقوله تعالى فلا رفث الاية والرفث اسم الجماع وهو لا ينعدم بهذه العوارض وليس في معنى الصوم لوجود المذكر وهو حالة الاحرام بخلاف الصوم فانه لا مذكر له

فصل

لما فرغ من بيان الجناية على الاحرام ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة قوله ومن طاف طواف القدوم محدثا طواف القدوم محدثا معتد به عندنا وعليه صدقة وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به ولا يجزئه لقوله صلى الله عليه وسلم الطواف صلاة ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالصلاة وليس بينهما من المشابهة بد لان ذات الطواف وهو الدوران مما ينافي ذات الصلاة فيكون المراد ان حكمه حكم الصلاة ومن حكمها عدم الاعتداد بدون الطهارة ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ووجه الاستدلال ان الله تعالى امر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير قيد الطهارة فلم

يكن

يكن فرضا بالاتفاق ولا يجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لانه نسخ ثم قيل هي سنة وهو قول ابن شجاع والاصح انها واجبة وهو قول ابي بكر الرازي لانها تجب بتركها الجابر وهو امارة الوجوب على ما قال به بعض مشايخ العراق او الصدقة كما ذكره في الكتاب وهو مروي عن محمد وكلما كان يجب بتركه جابر فهو واجب ولان الخبر يوجب العمل دون العلم فيثبت الوجوب دون الفرضية وقوله فاذا شرع في هذا الطواف دليل على وجوب الصدقة على تقدير كونها سنة وذلك لان الشروع في النفل يلزم في الحج بالاتفاق فيصير الطواف واجبا ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وفيه بحث من وجهين احدهما ان دخول النقص بتركها على تقدير كونها سنة في حيز النزاع فلا يؤخذ في الدليل والثاني انه منقوض بالصلاة النافلة فانه اذا دخلها النقص يجبر بسجود السهو كما يجبر الفرض بها ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن ههنا ايضا كذلك والجواب عن الاول ان ترك السنة يوجب نقصا ويجبر بالكفارات الا ترى ان من افاض من عرفات قبل الامام وجب عليه دم قال محمد رحمه الله لانه ترك سنة الدفع وعن الثاني بان الشرع جعل الجابر في الصلاة نوعا واحدا فلا مصير الى غيره وفي الحج جعله متنوعا فامكن المصير الى ما يتبين به رتبة النفل عن الفرض وهذا كله على رواية القدوري اختارها المصنف واما على ما ذكره الطحاوي وشيخ الاسلام انه اذا طاف للتحية محدثا فلا شيء عليه لانه لو تركه اصلا لم يجب عليه شيء فكذا اذا اتى به محدثا فلا احتياج الى شيء من هذه التكلفات ولو طاف طواف الزيارة محدثا فلا شيء عليه لانه لو تركه اصلا لم يجب عليه فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن واذا ادخل النقص في الركن الحق من ادخاله على الواجب وان كان جنبا فعليه بدنة وكلامه ظاهر **وقوله** لان الاكثر الذي له حكم الكل يعترض عليه بالمقدرات الشرعية كالصوم والصلوة ونحوها فان الاكثر فيها لا يقوم مقام الكل وقد قدمنا الجواب عنه ونزيد ههنا بيانا وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وقف بعرفة فقد تم حجه وليس ذلك الا باقامة الاكثر مقام الكل فان الحج له فرائض ثلاثة شرط وركنان وعندما وقف فقد حصل منها اثنان وهو الشرط اعني الاحرام واحد الركنين وليس في المقدرات الشرعية مثله فلم يكن كذلك وقوله والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ووجه ذلك انه قد تحصل الجبران بما هو من جنسه فكان افضل وقوله في بعض النسخ يريد به نسخ المبسوط وقوله ثم اذا اعاده يعني طواف الزيارة وقوله وان اعاده بعد ايام النحر هذه للوصل وقوله لا ذبح عليه بناء على ان الطواف الاول وان كان بغير طهارة معتد به ولا لزم الدم على قول ابي حنيفة بالتاخير فاذا كان معتدا به بنقصان وقد اعاده لم يبق الا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف بالحدث وهي لا توجب شيئا

وقوله وان اعاده وقد طاف جنبا ظاهر وقوله وان اعاده بعد ايام النحر لزم الدم اي الشاة لان البدنة سقطت بالاعادة بالاتفاق وانما هذا الدم على قول ابي حنيفة لتاخير الطواف عن ايام النحر على ما عرف من مذهبه ان من اخر نسكا عن نسك يجب عليه الدم وهذا الذي ذكره انما هو على اختيار ابي بكر الرازي رحمه الله في المعتد به من الطوافين اذا طاف الاول جنبا انما هو الثاني وان الاول ينفسخ بالثاني اذ لو كان الاول لما لزمه دم التاخير لان الاول مؤدى في وقته بخلاف ما اذا طاف الاول محدثا فان المعتد به هو الاول لقلة النقصان فكان الثاني جابرا للنقصان المتمكن فيه فان قيل ما يقول في معتمر طاف لعمرته في رمضان جنبا ثم اعاد طوافه في اشهر الحج وحج من عامه ذلك فانه لا يكون متمتعا قاله محمد رحمه الله في الكتاب ولو كان المعتد به هو الثاني لكان متمتعا اجيب بان المعتمر لما طاف في رمضان وقع الامن عن فساد العمرة واذا امن فسادها قبل اشهر الحج لا يكون متمتعا فان قيل التحلل يحصل بالطواف الاول فيكون هو المعتد به اجيب بان الاول لم يراع الحكم لتفاحش النقصان

بدنة فان اعاده انفسخ الاول واعتد بالثاني والا كان هو المعتد به في الحال وقوله ولو رجع الى اهله طاهرا
وقوله الاصح الافضل هو العود لما ذكرنا من كون الجابر من جنس المجبور وهو الطواف وقوله ولو رجع
الى اهله طاهرا وقوله لان النقصان بترك الاقل يسير لما كان كذلك لا يجاب الوجوه الراجح وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لانه اخف معنى لنقصان وفيه نفع للفقراء وقوله او اربعة اشواط منه يعني من طواف الصدر وقوله
ومن ترك ثلاثة اشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة يعني لاجلها اي انما ومن ترك الاقل من طواف
الصدر والاقل من طواف الزيارة والمراد بالصدقة ههنا هو ان يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة والحاصل
ان اكثر طواف الصدر بمنزلة اقل طواف الزيارة في وجوب الشاة واذا كان في اكثره فلا بد ان يكون في اقله صدقة
قال ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء ما ذكر من المسائل والفرق بينهما واضح وكان ينبغي نقل طواف
الصدر الى طواف الزيارة بسقوط البدنة عنه وههنا اصل وهو ان كل من وجب عليه طواف فاتى به في وقته عنه سواء
نواه او لم ينوه او نوى به طوافا اخر فالمحرم اذا دخل مكة فطاف ولم ينو شيئا او نوى التطوع فان كان معتمرا
وقع عن العمرة وان كان حاجا وقع عن طواف القدوم وان كان قارنا كان الطواف الاول للعمرة ثم ما بعده للحج سواء نوى
التطوع او طوافا اخر وانما كان كذلك لان الاحرام قد انعقد لادائه فاذا اتى به وقع عن المستحق ولم يعتبر نيته كما اذا
سجد ينوي به تطوعا لم يعتبر نيته ووقعت السجدة عما هو مستحق عليه وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ومن ترك طواف
الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة الى قوله وما دام بمكة يؤمر بالاعادة **وقوله** ومن طاف لعمرته
وسعى على غير وضوء واضح وقوله واما السعي يعني اما بعد السعي واذا لم يفتقر الى الطهارة لعدم وروده ورد
في الطواف من النص فيه لكونه تابعا للطواف لانه لا يعد قربة الا بعد الطواف وقوله وليس عليه في السعي شيء معطوف
على قوله فعليه دم وقوله وكذا اذا اعاد الطواف فقد نقض الطواف الاول فاذا انتقض ذلك حصل السعي
قبل الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب عليه الدم وجه الصحيح وهو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام
المحبوبي والمصنف رحمهم الله ان الطهارة ليست بشرط في السعي وانما الشرط فيه ان يكون على اثر طواف معتد به
وطواف المحدث كذلك ولهذا التحلل به فاذا اتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود فان قال اعاد تبعا للطواف
فهو افضل وان لم يعد فلا شيء عليه وقوله ومن ترك السعي ظاهر **وقوله** ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه
دم قال في النهاية كان من حق الرواية ان يقال ومن افاض قبل غروب الشمس بالافاضة فعليه دم لما ان الحكم
عليه الافاضة قبل غروب الشمس واقول قوله هذا يستلزم ذلك لان الاستدامة اذا كانت واجبة الى غروب الشمس
فالافاضة قبل الامام لا تكون الا قبل الغروب لان الظاهر ان الامام لا يترك ما وجب عليه من الاستدامة
وقوله بخلاف ما اذا وقف ليلا متصل بقوله ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب فان قيل قوله
عليه السلام من وقف بعرفة بليل او نهار فقد ادرك الحج يقتضي ان لا يكون الامتداد شرطا لا بالليل ولا في
النهار فكيف جعلتم شرطا في النهار دون الليل قلت تركنا ظاهره في حق النهار بقوله صلى الله عليه وسلم فادفعوا
بعد غروب الشمس فبقي الليل على ظاهره وان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه في ظاهر الرواية
وروى ابن شجاع عن ابي حنيفة انه يسقط عنه الدم لانه استدرك ما فاته لان الواجب عليه الافاضة بعد
الغروب وقد اتى به فكان كمن جاوز الميقات حلالا ثم عاد الى الميقات واحرم وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب
ان المتروك لا يصير مستدركا معناه ان المتروك هو الدفع مع الامام وذلك ليس مستدركا بعوده
وحده لا بحاله واذا اعاد قبل غروب الشمس حتى افاض مع الامام بعد غروبها فقد اختلفوا فيه فمنهم من قال لا يسقط
عنه الدم لان استدامة الوقوف قد انقطعت ولا يمكن تداركها فبقي عليه الدم ومنهم من قال يسقط لانه
استدرك ما فاته الدفع مع الامام **قال** ومن ترك الوقوف بالمزدلفة او رمي الجمار من الواجبات
فاذا تركه كما يجب عليه الدم لكن اذا ترك رمي الجمار في الايام كلها وهي اربعة ايام نحر خاص وتشريق

ولم يعد السعي يعني ليس
عليه شيء وفي ...
... المشايخ اذا اعاد
... الطواف
ولم يعد السعي
كان عليه دم
لانه كان

ويومان

ويومان يليهما نحر وتشريق يكفيه دم واحد وقال بعض المشايخ يلزمه بترك رمي كل يوم دم لان الجنايات
وان كانت جنسا واحدا لكن في مجالس مختلفة فكان كمن قص اظافير يديه ورجليه في مجالس مختلفة كما تقدم ووجه
ما في الكتاب ما ذكره فيه بقوله لان الجنس متحد وكل ما كان كذلك لا يتعدد فيه الكفارة كما في الحلق فانه ان حلق شعر
البدن كله يلزمه دم واحد وان كان يلزمه دم واحد لو اقتصر على حلق الرأس او ربعه وقوله والترك انما
يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي جواب عما قال ذلك البعض من المشايخ ان المجالس مختلفة ووجه ذلك ان
ايام الرمي كلها زمان واحد للرمي فلم يتحقق هناك اختلاف المجلس لانه لم يعرف قربة الا فيها على خلاف القياس
فلا يتحقق الترك ما دام فيها كالتضحية في ايام النحر فيرميها على التاليف اي على الترتيب الذي شرع ما دامت
الايام باقية بخلاف قص الاظافير فان تركه لم يتوقت بزمان فيتحقق فيه اختلاف المجلس لو تباعد تاخيرها عن هذه الايام يجب
الدم وهو شاة عند ابي حنيفة خلافا لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام فان قيل هذا ظاهر
يدل على انه اذا انفر النفر الاول لا يجب عليه دم لانه ترك رمي يوم وليس كذلك فانه مخير بين الاقامة والنفر وذلك
انه التطوع فكيف يجب عليه دم اجيب بان التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع فاما اذا طلع فقد وجبت عليه
الاقامة والرمي فلو ترك وجب عليه الدم فكان كالتطوع تخير فيه قبل الشروع ويجب بعد الشروع وقوله ومن ترك رمي
احدى الجمار مبناه على ان ما كان نسك يوم فتركه يوجب الدم وما كان بعضه الاقل فتركه يوجب الصدقة فعلى
هذا اذا ترك جمرة العقبة يوم النحر يلزمه دم وان تركها في بقية الايام يلزمه صدقة وهذا ان لم يقضه في ايام
الرمي فاما اذا قضاه فيها فقد سقط الدم عندهما ولم يسقط عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقوله فكان المتروك
اقل يعني اذا ترك رمي احدى الجمار لان المتروك حينئذ سبع حصيات والمؤتى به اربعة عشر حصاة وقوله
الا ان يكون المتروك اكثر من النصف استثناء منقطع من قوله ومن ترك رمي احدى الجمار اي لكن اذا ترك
اكثر من رمي الجمار وبلغ المتروك اكثر من النصف مثل ان ترك احدى عشر حصيات ورمى عشر حصيات
فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر والاكثر يقوم مقام الكل وقوله لانه وظيفة هذا اليوم رميا على التمييز
لا ان فيه وظائف غيره كالذبح والحلق والطواف فلو اقتصر على قوله لانه وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي
وقوله وكذا اذا ترك الاكثر منها اي من جمرة العقبة وقوله الا ان يبلغ دما استثناء من قوله يتصدق لكل حصاة
نصف صاع يعني اذا بلغ قيمة ما يتصدق لكل حصاة قيمة الدم فحينئذ ينقص من الدم ما شاء حتى لا يلزم التسوية
بين الاكثر والاقل وقوله لان المتروك هو الاقل دليل قوله تصدق **قال** ومن اخر الحلق حتى مضت ايام
التشريق هذا بناء على ما تقدم ان ابا حنيفة رضي الله عنه يوجب الدم بالتاخير خلافا لهما وقوله وكذا الخلاف في
تاخير الرمي اي في تاخير رمي جمرة العقبة عن يوم النحر وتاخير رمي الجمار من اليوم الثاني الى الثالث او من الثالث
الى الرابع وقوله وفي تقديم نسك على نسك اي وكذا الخلاف في تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي سواء
كان مفردا او غيره ونحر القارن او المتمتع قبل الرمي وحلق القارن والمتمتع قبل الرمي والذبح وانما خص القارن
بذلك لان المفرد اذا ذبح قبل الرمي او حلق قبل الذبح فانه لا شيء عليه لان تاخير النسك لا يتحقق في حقه لكون الذبح
غير واجب عليه فان قيل تقديم نسك على نسك يستلزم تاخير نسك عن نسك وكان في كلامه تكرار فالجواب انه اراد
بالتاخير ما يكون بحسب الايام وبالتقديم ما يكون بحسب الافعال في يوم واحد فلا تكرار واما ان ما فات مستدرك
بالقضاء وهو ظاهر وكل ما هو مستدرك بالقضاء لا يجب فيه شيء غيره بالاستقراء في احكام الشرع ولابي حنيفة حديث
ابن مسعود رضي الله عنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم فان قيل ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص
انه صلى الله عليه وسلم وقف للناس بمنى يسألونه فجاء رجل وقال نحرت قبل ان ارمي فقال عليه السلام افعل ولا حرج
فما سئل عليه السلام عن شيء قدم او اخر الا قال افعل ولا حرج وذلك دليل واضح على ان لا شيء في التقديم والتاخير
فالجواب انه متروك الظاهر لانه يدل على ترك القضاء ايضا ويجوز ان يكون السائل مفردا وتقديم الذبح على الرمي

لا يوجب عليه شيئاً كما ذكرنا وكذا غير ذلك مما ذكر ويجوز أن يكون مما التبس مؤقت فلا يوجب التأخير فيه شيئاً ثم ما ولكن يكون معارضاً بما رويناه من حديث ابن مسعود وقيل الصحيح أن رواية ابن عباس رضي الله عنهما قصارا إلى ما بعدهما والقياس معنا على ما ذكر في الكتاب بقوله ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو مؤقت بالمكان كالإحرام فإن الحاج إذا جاوز الميقات بغير إحرام وجب عليه الدم فكذا التأخير عن الزمان فيما هو مؤقت بالزمان كالحاج يمكن نقصان التأخير فيهما فإن قيل معهما أيضاً قياس وهو القياس على سائر ما يشبه ترك من العبادات بالقضاء فكان فيما يكون حين التعارض فالجواب أن قياسنا مرجح بالاحتياط فإن فيه الخروج عن العهدة بيقين وقوله وإن حلق في أيام النحر ظاهر قال المصنف رحمه الله ذكر محمد في الجامع الصغير قول أبي يوسف في المعتمر أنه لا شيء عليه ولم يذكره في الحاج إذا حلق خارج الحرم فقيل إنما لم يذكره لأنه بالاتفاق في وجوب الدم لأن السنة جرت في الحج بأن يكون الحلق بمنى وهو من الحرم فتركه يلزم الجابر والأصح أنه على الخلاف وعندهما يجب الدم وعند أبي يوسف لا يجب شيء ووجه الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح وقوله فالحاصل أن الحلق يعني في الحج يتوقت بالزمان والمكان أي يوم النحر والحرم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وإنما قلنا يعني في الحج لأن الحلق في العمرة لا يتوقت بالزمان بالإجماع فإن قيل إذا كان مؤقتاً بهما كان كالوقوف فينبغي أن لا يعتد به إذا حلق خارج الحرم كما لو وقف بغير عرفة أو طاف بغير البيت فالجواب أن محل الفعل هو الرأس دون الحرم ولكنه جان بالتأخير عن مكانه فلزمه دم كما يلزمه بالتأخير عن وقته بخلاف ما ذكرتم من الوقوف والطواف فإن محل الفعل هو الجبل وحول البيت وبالخروج عنهما يتبدل المحل فلا يجوز وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه على اختصاصه بالمكان قد علم من قوله ولما أن الحلق لما جعل محللاً إلى آخره وأما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله هو يقول الحلق غير مختص بالحرم إلى آخره وأما على اختصاصه بالزمان فهو أن الحلق الذي هو نسك في أوانه بمنزلة الحلق الذي هو جناية قبل أوانه فكما أن ذلك لا يختص بزمان فكذلك هذا ولو أردت أن تجعله دليلاً للشقين قلت وكما أن ذلك لا يختص بزمان ومكان فكذلك هذا ولو كان مختصاً بهما لما وقع معتداً به في غير المكان والزمان كالوقوف بعرفة وقد عرفت نحوه آنفاً ووجه قول محمد أما على اختصاصه بالمكان فقد علم من قوله ولما أن الحلق إلى آخره وأما على عدم اختصاصه بالزمان فهو دليل أبي يوسف على عدم اختصاصه بالزمان ووجه قول زفر أن التحلل عن الإحرام معتبر بابتدائه وابتداؤه مؤقت بالزمان حتى كره تقديم إحرام الحج على أشهره دون المكان حتى جاز أن يحرم من حيث شاء قبل الميقات فكذلك التحلل عنه يتوقت بالزمان دون المكان فلو أخره عن أيام النحر لزمه الدم ولو خرج من الحرم ثم حلق لم يلزمه شيء **وقوله** وهذا الخلاف أي ما ذكرنا بين علمائنا في التوقيت إنما هو في حق التضمين بالدم وأما في حق التحلل فلا يتوقت بالاتفاق وقوله لأن أصل العمرة لا يتوقت به أي بالزمان فإن ركنها الطواف وهو غير مؤقت بزمان وفيه نظر لأنها في أيام النحر مكروهة فكانت مؤقتة والجواب أن كراهتها فيها ليست من حيث إنها مؤقتة بغيرها بل باعتبار أنه مشغول بأفعال الحج فيها فلو اعتمر فيها لربما أخل بشيء من أفعاله فكرهت لذلك وقوله بخلاف المكان لأنه مؤقت متصل بقوله غير مؤقت بالزمان وإليه ذهب صاحب النهاية ويكون معناه لأنه مؤقت عند أبي حنيفة ومحمد بناء على ما تقدم من الأصح ويجوز أن يكون متصلاً بقوله لأن أصل العمرة لا يتوقت به أي بالزمان بخلاف المكان لأنه أي أصل العمرة مؤقت به فلا حاجة إلى تأويل وإن لم يقصر المعتمر الذي خرج من الحرم حتى رجع إلى الحرم وقصر فيه فلا شيء عليه في قولهم جميعاً لأنه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمان ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط دم التأخير عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقوله وإن حلق القارن قبل أن يذبح معناه إذا قدم القارن الحلق على الذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة دم للقران ودم بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو دم القران ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا أن التأخير عنده يوجب الدم خلافاً لهما هذا تقرير المسألة على ما عليه أصل رواية الجامع الصغير فإن محمداً ذكر فيه في قارن حلق

قبل أن يذبح قال عليه السلام دمان دم القران ودم آخر لأنه حلق قبل أن يذبح يعني على قول أبي حنيفة وعلى هذا فما ذكره المصنف رحمه الله غير مطابق له لأنه قال دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق وهذا كما ترى يشير إلى أنهما دما جناية ولم يذكر دم القران وقال وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الأول يعني الذي يجب بالحلق في غير أوانه لأنه لم يذكر أولاً سواه ولم يذكر أيضاً دم القران ومع عدم مطابقته هو مناقض لقوله قبل هذا وقالا لا شيء عليه في الوجهين جميعاً إلى أن قال والحلق قبل الذبح وعلى هذا كان الحق أن يقول فعليه دمان عند أبي حنيفة رضي الله عنه دم للقران ودم بتأخير الذبح فكأنه سهو وقع منه أو من الكاتب ولا عتب في السهو على الإنسان فإن قيل قد وقع في عبارة بعض المشايخ دم القران واجب إجماعاً ودم آخر بسبب الجناية على الإحرام لأن الحلق لا يحل إلا بعد الذبح واجب أيضاً إجماعاً ودم آخر عند أبي حنيفة بسبب تأخير الذبح عن الحلق فيجوز أن يكون المصنف قد أشار ذلك ولم يذكر دم القران من الجانبين وإنما ذكر الآخرين وأشار إليه بقوله وهو الأول وذكر الخلاف فيه قلت يأباه **قوله** فيما تقدم وقالا لا شيء عليه في الوجهين فإنه تصريح بأنهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة أصلاً على أنه مخالف لما هو الأصل في هذه المسألة وهو الجامع الصغير لمحمد رحمه الله فإن قيل فعلى ما ذكره محمد يجب أن يجب عليه ثلاثة دماء لأن جناية القارن مضمونة بالدمين وهو اعتراض الإمام المحبوبي فالجواب أن ما يجب على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان ولو قدم المفرد الحلق على الذبح لم يجب عليه شيء فلا يتضاعف على القارن

فصل

لما كانت الجناية على الإحرام بالصيد نوعاً آخر فصله عما قبله في فصل على حدة الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في أصل الخلقة فقوله الحيوان بمنزلة الجنس وقوله الممتنع وهو الذي يمنع نفسه عمن قصده إما بقوائمه وإما بجناحيه يخرج الحيوانات الأهلية كالبقر والغنم ونحوهما والدجاج والبط وقوله المتوحش في أصل الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول والظبي المستأنس ويخرج الإبل المستوحشة لأن الاستئناس في الأول والتوحش في الثاني عارضي لا معتبر به وهو على نوعين بري وهو ما يكون توالده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون توالده ومثواه في الماء والاعتبار للتوالد لأنه الأصل فالبط والإوز بري لأن توالدهما في البر والضفدع بحري لأن توالده في البحر وصيد البحر حلال للمحرم سواء كان مأكولاً أو لم يكن وصيد البر حرام عليه لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أي بين عدم دخولها في الآية لأن حقيقة الاستثناء لا يتصور لكنه لما كان عندنا للبيان أنه لم يدخل استعاره له الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب على ما ذكر في الكتاب وهي ستة وسيأتي العذر عن ذلك وسميت فواسق استعارة وتشبيهاً وقيل لخروجهن من الحرمة لابتدائهن بالأذى ولما كان مشهوراً جازت الزيادة على الكتاب ولا فرق بين المملوك والمباح والمأكول وغيره لتناول اسم الصيد ذلك كله **قال** وإذا قتل المحرم صيداً إذا قتل المحرم صيداً أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء أما القتل فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وأما الدلالة فلا بد لها على ما يقتضيه القسمة العقلية أربعة أقسام إما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين أو الدال حلالاً والمدلول حراماً أو بالعكس من ذلك والأول ليس مما نحن فيه والثاني على كل واحد منهما فيه جزاء كامل عندنا وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدال وكذلك في الرابع عليه وقال الشافعي رحمه الله لا شيء على الدال أصلاً لأن الجزاء يتعلق بالقتل بالنص والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال حلالاً وقوله حلالاً ليس بقيد فإن المدلول لو كان محرماً فالحكم كذلك ولنا ما رويناه من حديث أبي قتادة رضي الله عنه هل دللتم عليه هل أشرتم إليه على ما تقدم في باب الإحرام فإنه يدل على أن الدلالة من محظورات الإحرام فإن قيل خبر واحد لا يقاوم النص الصريح قلت في النص ذكر القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والحديث يدل على ذلك فيثبت الحكم به وقال عطاء هو ابن أبي رباح تلميذ ابن عباس رضي الله عنهما أجمع الناس

على أن الدلالة الجزاء فإنه المحكي ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه فصار ذلك إجماعا ورد بأنه
روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ليس على الدال الجزاء وأجيب بأنه ليس بثابت ولئن كان يحمل على ما إذا دل
ولم يقتله المدلول فإن الإجماع فيما إذا قتله فكان كلامه غير متعرض لمحل الإجماع ولأن الدلالة من
محظورات الإحرام والإحرام قد دام عليها فيوجب الجزاء كالمخالطة ولأنه أي الدال لما ورد كالمنفرد
نظرا إلى الخبر وهو تفويت الأمن من الصيد أي الدلالة تفويت الأمن من الصيد لأنه آمن بتوحشه عن الناس
وتواريه عن أعينهم وبالدلالة يزول ذلك فصار كالإتلاف **وقوله** ولأن المحرم دليل آخر يتضمن
الجواب عن قول الخصم فأشبه دلالة الحلال وتقريره أن المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض لأنه
عقد خاص يقتضي ذلك شرعا والدلالة مباشرة بخلاف ما التزم وذلك يوجب الضمان كدلالة المودع السارق
على الوديعة بخلاف الحلال فإنه لم يلتزم شيئا على أن فيه أي فيما دل الحلال على صيد الحرم الجزاء على ما روي
عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد لأنه إذا
إذا علمه لم يكن دالا والأمن بدلالته فلا يكون في معنى الإتلاف وإن تعدد فيه الدلالة ليكون في معنى الإتلاف
أما إذا كذبه وصدق غيره فلا ضمان في المكذب وفيه إشارة إلى أن الضمان على ذلك الغير إن كان محرما
وفيها شروط أخر لم نذكرها أحدها أن يتصل القتل بتلك الدلالة لأن مجرد الدلالة لا يوجب شيئا والثاني
أن يبقى الدال محرما عند أخذ المدلول لأن فعله إنما يتم جناية إذا بقي محرما إلى وقت القتل والثالث أن
يأخذ المدلول قبل أن ينفلت فلو صدقه ولم يقتله حتى انفلت ثم أخذه بعد ذلك فقتله لم يكن على الدال شيء لأن
ذلك بمنزلة جرح اندمل ولو كان حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا أنه لا التزام من جهته فإن قيل من
الالتزام بعقد الإسلام أن لا يتعرض لصيد الحرم أجيب بأن عقد الإسلام ليس بكاف في ذلك بل لا بد من عقد خاص
كما في عقد الوديعة ألا ترى أن المسلم التزم بعقد الإسلام أن لا يتعرض لأموال الناس ثم لو دل سارقا على مال إنسان
فأخذه لا ضمان على الدال والعامد والناسي في وجوب الجزاء سواء كانا قاتلين أو دالين لأنه لا ضمان يعتمد وجوبه
الإتلاف لقوله تعالى ومن قتله منكم وكل ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف والعامد والناسي فيه سواء كما في
غرامات الأموال فإن قيل ليس هذه الغرامات كالأموال ألا ترى أن رجلين إن اشتركا في إتلاف شاة الغير كان
على كل منهما نصف القيمة وإن اشتركا في قتل صيد كان على كل واحد منهما جزاء كامل فالجواب أن مناط الإلحاق هذا
الإتلاف للضمان وقد وجدت والاتحاد في جميع الجهات يرفع التعدد ويبطل القياس فإن قيل هذا التعليل على مخالفة
النص القاطع لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا نص على العمد وهو مخالف النسيان فالجواب أن التخصيص بالذكر لا يدل
على نفي الحكم عما عداه فجاز أن يثبت حكم بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة من غير فصل
بين عمد ونسيان وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم فإن قيل فما بال قوله متعمدا
أجيب بأنها التنبيه لأن الدلالة قد قامت على أن صفة التعمد في القتل يمنع وجوب الكفارة فإعلام الله تعالى ههنا بأنها
إذا وجبت في العمد فلأن يجب في الخطأ أولى والمبتدي والعائد في وجوب الكفارة سواء لأن العلة الموجبة كما وجدت
ابتداء فقد وجدت في المرة الثانية فلو خلي الحكم عنه تبطلت فإن قيل قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه جعل
كل جزائه بالفاء انتقام الله فلا يكون له موجب سواه كما عرف فالجواب أن هذا متمسك ابن عباس وداود الظاهري
في أن موجب العائد أن يقال له اذهب فينتقم الله منك ولكنا نقول إن ذلك إذا عاد مستحلا أو مستخفا به كما في
قوله تعالى في باب الربوا ومن عاد فأولئك أصحاب النار … وأما إذا لم يكن كذلك فعليه الجزاء عملا بدلالة النص
وقوله والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن يقوم الصيد يعني يقومه ذوا عدل من حيث أنه صيد لا من حيث ما زاد
عليه صنعه فإذا قتل المحرم بازيا معلما فعليه قيمته غير معلم ذكره ليفرق بينه وبين ما إذا قتله لغيره فإنه يجب
قيمته معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص به ذلك فلا بد منه في الجزاء وأما وجوب القيمة في الإتلاف فباعتبار

المالية

المالية وهي بالانتفاع وذلك يزداد بكونه معلما فدخل في الضمان وإنما قيد بقوله صنعه لأنه إذا كانت الزيادة
بأمر خلقي كما إذا كان يطير بالصوت فإن زاد قيمته لذلك ففي اعتبار ذلك في الجزاء روايتان في رواية لا يعتبر لأنه
ليس من معنى الصيدية في شيء وفي أخرى يعتبر لأنه وصف ثابت بأصل الخلقة كالحمام إذا كان مطوقا وقوله هو
يعني القائل خبير في العدد أظاهر وقال محمد والشافعي رحمهما الله تعالى يجب في الصيد النظير فيما له نظير أي في المنظر
لا في القيمة ففي الظبي شاة ظاهر واستدلا على ذلك بقوله فجزاء مثل ما قتل من النعم ووجهه أن مثل المقتول
من النعم ما يشبه المقتول صورة لأن من العربيات للمثل في القيمة لا يكون نعما وبأن الصحابة رضي الله عنهم
وهم عمر وعلي وعبد الله بن مسعود أوجبوا النظير على ما بينا يعني قوله ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي
اليربوع جفرة وهي التي بلغت أربعة أشهر إلى آخره وما ليس له نظير من حيث الخلقة مثل العصفور والحمام وما
أشبههما تجب فيه القيمة عند محمد وكان قوله كقول أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي يعتبر المماثلة من حيث الصفات
فأوجب في الحمام شاة لمشابهة بينهما من حيث أن كل واحد منهما يعب ويهدر والعب من باب طلب أن يشرب الماء
بمرة من غير أن يقطع الجرع قاله أبو عمرو والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فإنها تشرب شيئا فشيئا

ملحه باب رق اخر

ويقال هدر البعير والحمام إذا صوت من باب ضرب ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الله تعالى أطلق
المثل والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل صوري من تناول النص وفي
أنها لا يخلو الشرع فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد أو لكون المثل المعنوي مرادا
بالإجماع فيما لا مثل له صورة فلا يكون غيره مرادا وإلا لزم عموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وكلاهما
غير جائز هذا ما قالوا واعترض بأن المثل ليس بمشترك بين المثل صورة وبينه معنى ولا هو حقيقة في أحدهما مجاز
في الآخر حتى يلزم ما ذكر بل هو مطلق بينهما ولهما كالرقبة بالنسبة إلى المؤمنة والكافرة فيدخل تحته المثل المطلق الصوري
والمعنوي كما في قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم دخل ما له مثل صورة ومعنى
كما في المثليات وما ليس له إلا معنى كالقيميات والجواب أن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا
بالنفي ولا بالإثبات فيدل على الماهية فقط وذلك يتحقق بتحقق كل فرد من أفراده الجملة فلو كان دالا على
ذلك لوجب التخيير عند التعارض وليس كذلك بل هو حقيقة عرفية في المطلق ومجاز في غيره والمجاز ههنا مراد
بالإجماع فلا يكون غيره مرادا ومثل ذلك نقول في الآية الأخرى أما على قول موجب الغصب القيمة ورد
العين مخلص فظاهر لأن الموجب الأصلي أولى بالإرادة ورد العين ثبت بقوله عليه السلام على اليد ما أخذت
حتى ترده وأما على قول من يقول موجب الغصب رد العين وأداء القيمة مخلص فكذلك يكون القيمة ثابتة بالكتاب
ورد العين بالسنة وهذا الحل من خواص هذا الشرح وحفظ المقال ذموعه وقوله لما فيه من التعميم دليل
آخر يعني في اعتبار المثل معنى تعميم لأنه يتناول ما له نظير وما ليس له نظير وفي ضده أي في اعتبار المثل صورة
تخصيص لتناوله بما له نظير فقط والعمل بالتعميم أولى لكون النص حينئذ أعم فائدة وقوله والمراد بالنص
جواب عن قوله لأن القيمة لا يكون نعما وتقريره أن المراد بالآية فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحشي يعني
لأن المثل بمعنى القيمة على ما بينا ومن النعم بيان لما قتل والمراد من النعم النعم الوحشي لأن الجزاء إنما يجب
بقتله لا بقتل الحيوان الأهلي وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الأهلي في اللغة يطلق على الوحشي قاله أبو
عبيدة والأصمعي فإن قيل ما تصنع بقوله هديا بالغ وهو حال من جزاء فإذا كان الجزاء القيمة كيف يمكن أن يكون
هديا بالغ الكعبة أجيب بأن معناه إذا انقوم فبلغت قيمته هديا بالغ الكعبة فالقاتل بالخيار بين الأمور الثلاثة
وقوله والمراد بما روي جواب عن قوله قال عليه السلام الضبع صيد وفيه شاة وعن أثر الصحابة يعني
أن إيجاب النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها بين إذ لا
مماثلة بين الضبع والشاة خلقة وإنما كان باعتبار التقدير بالقيمة إلا أنهم كانوا أرباب المواشي

فكان الاداء عليهم منها أيسر وهو نظير قول علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية
بالجارية والمراد القيمة **قال** ثم الخيار الى القاتل يعني اذا ظهر قيمة الصيد بحكم الحكمين وهي تبلغ
هديا فالخيار في ان يجعله هديا او طعاما او صوما الى القاتل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي
الخيار الى الحكمين في تعيين احد الاشياء فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او الصيام
طعاما او صوما فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف يعني من اعتبار القيمة من حيث المعنى لهما اي لابي حنيفة وابي
يوسف ان التخيير شرع رفقا لمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي
قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية ووجه ذلك انه ذكر الهدي منصوبا تفسيرا لقوله يحكم به فان
ضميره به مبهم لفسره بقوله هديا فكان نصبا على التفسير وقيل اي التمييز فثبت ان المثل انما يصير هديا اذا
ان يمكن حكمهما او مفعول لحكم الحاكم على ان يكون بدلا عن الضمير محمولا على محله كما في قوله تعالى قل انني
هداني ربي الى صراط مستقيم دينا قيما وفي ذلك تنصيص على ان التعيين الى الحكمين ثم لما ثبت ذلك في
الهدي ثبت في الطعام والصيام لعدم القائل بالفصل ولانه عطفهما عليه بكلمة أو وهي للتخيير فيكون الخيار اليهما
وفي توجيه هذا الكلام اشكال لان ذكر الطعام والصيام بكلمة أو لا يفيد المطلوب الا اذا كان كفارة منصوبا
على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوي وهي شاذة لا يثبت الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث انه كتاب ولا من حيث
انه خبر كما عرف في الاصول وقوله قلنا جواب عن استدلالهما وتقريره ان الدليل انما يصح ان لو كان كفارة
معطوفة على هديا وليس كذلك لاختلاف اعرابهما وانما هي معطوفة على قوله فجزاء بدليل انه مرفوع وكذلك قوله
تعالى او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن في الاية دلالة على اختيار الحكمين في الطعام والصيام واذا لم
يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في الهدي لعدم القائل بالفصل وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف لا غير ثم
الاختيار بعد ذلك الى من عليه رفقا له ويقومان اي الحكمان في المكان الذي اصابه المحرم فيه [illegible] وكذا
يعتبر الزمان الذي اصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن والازمان **وقوله** فان كان الموضع برا
ظاهر وقوله وقيل يعتبر المثل هنا في جزاء الصيد بالنص وهو قوله تعالى يحكم به ذوا عدل قال في الكشاف عن
قبيصة انه اصاب ظبيا وهو محرم فسأل عمر فشاور عبد الرحمن بن عوف ثم امره بذبح شاة فقال قبيصة لصاحبه
والله ما علم امير المؤمنين حتى سأل غيره فاقبل عليه ضربا بالدرة وقال اتغمص الفتيا وتقتل الصيد وانت محرم قال الله
تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فانا عمر وهذا عبد الرحمن وقوله ويجوز الاطعام في غيرها يعني سواء كان طعام
الاباحة او التمليك **وقوله** والصوم يجوز في غير مكة يعني بالاجماع وقوله اذا تصدق باللحم وفيه وفاء
بقيمة الطعام فانه يصيب كل مسكين من اللحم ما يبلغ قيمته نصف صاع من بر قياسا على كفارة اليمين وكان يشترط
تصدقه والتفريق بخلاف ما اذا ذبح بمكة فانه اذا تصدق به بعد الذبح على فقير جاز لان جوازه من حيث الهدي
لا من حيث الصدقة وقوله لان الاراقة لا تنوب عنه اي لان الاراقة الحاصلة بمكان غير الحرم لا تنوب عن الهدي
حتى لو سرق المذبوح او ضاع قبل التصدق به بقي الواجب عليه كما كان بخلاف المذبوح بمكة حيث يخرج عن العهدة
وان سرق او ضاع قبل التصدق [illegible] **قال** واذا وقع الاختيار على الهدي
اي اختار القاتل الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية وهو الجذع الكبير من الضأن او الثني من غيره عند ابي
حنيفة رحمه الله لان مطلق اسم الهدي ينصرف اليه كما في هدي المتعة والقران فانه ينصرف الى ما يجزي في الاضحية
واعترض عليه بان اسم الهدي قد ينصرف الى غيره كما اذا قال ان فعلت كذا فعلي هدي فيكون في محل النزاع
كذلك واجيب بان الكلام في مطلق الهدي وما ذكرت ليس كذلك لان المنوب الاشارة الى الثوب فقد قيده بذلك
وقال محمد والشافعي يجزي صغار النعم قال في النهاية وذكر في المبسوط والاسرار وشرح الجامع الصغير
لفخر الاسلام وقاضي خان قول ابي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عناقا

وجفرة

وجفرة فدل على جواز ذلك في باب الهدي وعند ابي حنيفة وابي يوسف يجوز الصغار على وجه الاطعام فيجوز ان يكون
ايجاب الصحابة على ذلك الوجه واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا وقال الشافعي وقيل هو
قول محمد يقوم المثل بالطعام واما عندنا فالمتلف هو المضمون فيعتبر قيمته وقوله واذا اشترى بالقيمة
طعاما اشارة الى انه يجوز ان يقوم المتلف بالقيمة ثم يشتري بالقيمة طعاما وقوله ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع
يعني نصف صاع من بر كما في صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار وقوله وان اختار الصيام ظاهر وقوله وكذا
ان كان الواجب دون طعام مسكين بان قتل يربوعا او عصفورا ولم يبلغ قيمته الا مدا من الحنطة يطعم ذلك القدر
او يصوم يوما كاملا لما قلنا ان الصوم اقل من يوم غير مشروع **وقوله** ولو جرح صيدا ظاهر وقوله
ما لم يفصل اشارة الى انها اذا كانت مجردة فلا شيء عليه لانه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية ان يصير صيدا
وقوله وان خرج من البيض فرخ ميت هذه المسألة لا تخلو اما ان علم انه كان حيا ومات بالكسر او علم انه كان
ميتا او لم يعلم انه مات بسبب الكسر اولا فان كان الاول ضمن قيمته وان كان الثاني فلا شيء عليه وان كان الثالث
فالقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وفي الاستحسان يجب عليه قيمة الفرخ حيا لما ذكره
في الكتاب وتقريره البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي وكل ما هو معد ليخرج منه الفرخ الحي كسره قبل اوانه سبب
لموت ذلك الفرخ وذلك اتلاف له والاتلاف يوجب الضمان **وقوله** فيحال به عليه اي بالموت على الكسر
اذ الظاهر كان اصله يحال الموت على الكسر اي يضاف اليه فان قيل يشكل بالنعامة كبطن الظبية ولو ضرب بطن
ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت الظبية كان عليه قيمتهما على ما يجيء فلم لا تكون عليه ههنا قيمة البيض والفرخ جميعا
اجيب بان ضمان البيض ليس لذاته بل باعتبار انه سبب الفرخ ولهذا لا يجب الضمان اذا كانت البيضة مذرة فاذا وجب
ضمان الفرخ لا يجب ضمان البيض وقوله وعلى هذا اي على القياس والاستحسان اذا ضرب بطن ظبية فالقت
جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما فان قيل قد تقدم ان ضمان الصيد اشبه غرامات الاموال ومن ضرب بطن
جارية فالقت جنينا ميتا وماتت كان عليه قيمة الجارية دون الجنين فكيف وجبت ههنا قيمة الجنين اجيب بان الجنين
في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه والضمان الواجب لحق العباد غير مبني على الاحتياط فلا يجب في موضع
الشك فاما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فرجح فيه شبه النفسية في الجنين ووجب الجزاء وليس في قتل الفواسق الخمسة
شيء لان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى بقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية
والعقرب والفارة والكلب العقور وذكر المصنف الذئب في بعض الروايات فقيل فيما اذا ذكر الكلب العقور
فمراده الذئب او يقال ان الذئب في معنى الكلب العقور وذكر المصنف رحمه الله في اول هذا الفصل السنة
بناء على الرواية او الدلالة وقوله والمراد بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط اي النجاسات مع غيرها اي ياكل
الجيف تارة والنجاسة اخرى وقع تكرارا لانه ذكره في اول الفصل مع زيادة معنى وهو كونه مبتدئا بالاذى
فكان مستغنى عن ذكره **وقوله** الذي ياكل الجيف حتى لا صيغة فكان موضع ضمير الفصل واحترز به عن الغراب
الذي ياكل الزرع فانه يجب الضمان بقتله وقوله لانه يبتدئ بالاذى قيل لانه لا يقع على دبر الدابة وقيل فعلى هذا
يكون في قوله في العقعق ولا يبتدئ بالاذى نظر لانه يقع على دبر الدابة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الكلب العقور
وغير العقور والمستانس والمستوحش منهما اي من الكلب العقور وغير العقور سواء اما العقور فظاهر لانه ورد
فيه الحديث واما غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة وقوله لان المعتبر هو الجنس يعني الخلقة
التي تسمى كلبا لا افراد افراده وهذا لان هذا الجنس ليس بصيد وفيه نظر لانه يفضي الى ابطال الوصف المنصوص
عليه وهو كونه عقورا والجواب انه ليس للقيد بل لاظهار نوع اذاية فان ذلك طبع فيه وقوله لانها ليست بصيود
يعني انها ليست بمتوحشة عن الادمي بل هي طالبة له وليست بمتولدة من البدن يعني حتى تكون من باب قضاء التفث
كالقملة ثم هي مؤذية بطباعها فلا يجب بقتلها شيء وقوله ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى يعني قوله لانها ليست

بصيوده وليست بمتولدة من البدن بخلافهما على وان كانا في معنى علتين لانه ذكر في موضع السبب وفي موضع الشك تكون العلل الكثيرة بمعنى علة واحدة في ان الحكم ينتفي بالجميع كما انه ينتفي بانتفاء الواحدة ومن قتل قملة تصدق بما شاء وتمرة او كف من طعام وكذا اذا القاها فليس الجزاء مخصوصا بالقتل بل بالالقاء في الارض كالقتل سواء اخذها من رأسه او من موضع اخر وقيل في المبسوط في القملتين والثلث كف من حنطة وفي الزيادة على ذلك نصف صاع من حنطة وقوله شاء ليشير الى سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا قال في الجامع الصغير كثيرة خير وقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة قصته ان اهل حمص اصابوا جرادا كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر رضي الله عنه ارى دراهمكم كثيرة يا اهل حمص تمرة خير من جرادة **قال** ومن حلب صيد الحرم اللبن من اجزاء الصيد لقوله تعالى نسقيكم مما في بطونه وكلمة من للتبعيض وقوله كالسباع اي سباع البهائم ونحوها اي سباع الطير وقوله وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى الكلب العقور وليس المراد به الكلب المعروف فانه اهلي وليس بصيد فكان المراد ما يكلب اي يعتدي فيتناول الاسد والفهد والنمر وغيرها فكان كأن الله قال لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الا ما كان يعدو دائما ولو كان النص ههنا لتضمنه لم يكن ولا كما قول المحرم هذا ولنا ان السبع صيد لتوحشه وتنفره من الناس وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او لتصاديه او لدفع اذاه وكل ما هو صيد فانه لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد الجزاء بقتله والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد وكذلك الالحاق بها دلالة لان الفواسق مما تعدو علينا وعلى مواشينا بالعزامة منا والسبع ليس كذلك لبعده عنا فلا يكون في معنى الفواسق ليلحق بها واسم الكلب وان تناوله لغة لم يتناوله عرفا والعرف املك اي اقوى والراجح في هذا الموضع كما في الايمان لبنائه على الاحتياط والاحتياط في ايجاب الجزاء وقوله ولا يجاوز بقيمته شاة مرفوع لكونه مسندا اليه ومعناه لا يجاوز بقيمته الذي لا يؤكل لحمه من الصيود قيمة شاة في ظاهر الرواية وروي عن الكرخي انه يبلغ من الدم وقال زفر رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بما يؤكل لحمه والجامع القتل ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة فلما ورد الشرع مقدرا لا يزاد عليه ولان المقادير تعرف سماعا وان اعتبار قيمته بمكان الانتفاع بجلده اذ لحمه غير مأكول لا لانه محارب كما في بعض السباع لقتل نعليه اهل الهند الحمارة بحيث تكسر العسكر وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين لكنه خارج عن الصيدية فلا يعتبر ولا لاجل معنى الابتداء فيه لان الابتداء معنى لا يتقوم له شرعا فبقي اعتبار الجلد ومن هذا الوجه لا يزاد على قيمة الشاة ظاهرا وقوله واذا صال السبع على المحرم اي وثب فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل اذا صال على انسان فقتله الانسان فانه تجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه علل الاهدا بالابتداء فدل على ان الدافع لا يجب عليه شيء والا لم يبق للتعليل فائدة واعترض بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال واجيب بان ذلك في خطابات الشرع اما في الروايات فيدل وفيه نظر لان قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطابات الشرع لانه في حق الاستدلال فلا يفيده والجواب ان الاستدلال انما هو بفعله رواية فيفيده **وقوله** ولان المحرم ممنوع عن التعرض استدلال بدلالة حديث الفواسق ووجهه انه انما ابيح دفعا للاذى المتوهم فلان يباح قتل السبع دفعا للاذى المحقق اولى وكان مأذونا بقتله من الشرع ومع وجود الاذن منه لا يجب الجزاء حقا له لسقوطه بالاذن فان قيل الاذن من الشرع لا يستلزم سقوط الجزاء فان المحرم اذا حلق رأسه او تطيب لعذر فهو مأذون من الشرع ولم يسقط الجزاء والجواب ما ذكر بعيد هذا بقوله لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من رأسه الاية وكان فائدة الاذن رفع الحرمة لا غير وتحقيقه ان بقاء

الجزاء مع اذن صاحب الحق ثابت بالنص فلا يقاس عليه غيره لا يقال فليلحق بطريق الدلالة لان الضرورة في القمل ليست كالضرورة في حلق الرأس لان الاولى نادرة والثانية كثيرة بخلاف الجمل الصائل لان ثمة لا اذن من صاحب الحق وهو العبد ونوقض بالعبد صال بالسيف على رجل فقتله المصول عليه لا يضمن والاذن لم يوجد من مالكه واجيب بان العبد مضمون في الاصل بانه آدمي حقا للعبد لا حقا للمولى لكونه مكلفا كمولاه وغيره واذا جاء البغي من قبله وهو المحاربة اسقطت عصمته كالردة وسقوط ماليته التي هي ملك المولى انما كان في ضمن سقوط الاصل وهو نفسه فلا معتبر به كما اذا ارتد وقوله وان اضطر المحرم ظاهر معنا وحكما ذكرناه آنفا **وقوله** والمراد بالبط يعني المذكور في القدوري البط الذي يكون في المساكن وهو الذي يكون طيرانه كالدجاج في البطء ونحوه ذبحه للمحرم والمسرول بالفتح حمام في رجليه ريش كانه سراويل من سرولته اذا البسته السراويل وقوله ونحن نقول الحمام متوحش بجناحيه والحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وكل ما هو كذلك فهو صيد والاستيناس عارض جواب لمالك ومعناه الاعتبار للمعاني الاصلية دون العوارض بان الحمام لا يحل بذكاة الاضطرار حتى لو رمى سهما الى برج الحمام فاصاب حماما مسرولا ومات قبل ان يدرك ذكاته لم يحل ولو كان صيدا لحل واجيب بان مدار صحة ذكاة الاضطرار هو العجز دون الصيدية الا ترى ان البعير اذا ند حل بذبح الاضطرار ولم يصر صيدا لوجود العجز عن ذكاة الاختيار والعجز في الحمام غير موجود لانه يأوي في الليل الى برجه وقوله وكذا اذا قتل ظبيا مستأنسا ظاهر **قال** واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي في احد قوليه اذا ذبح المحرم لغيره حل لانه عامل له حيث ذبحه له وكل من فعل لغيره انتقل اليه ذلك الفعل كما في قائمة النيابات فصار كانه هو الذي ذبحه ولو ذبحه ذلك الغير لنفسه جاز ان يأكله فكذا اذا ذبح له المحرم فان قلت عبارة المصنف وتعليله يدل على ان المذبوح يحل لغيره وذلك لان التعليل انما يستقيم اذا كان قوله لغيره متعلقا بذبح لانه حينئذ يكون عاملا له واذا كان متعلقا به يدل على اطلاقه وذبح المحرم سواء كانت لنفسه او لغيره حرام عليه قولا واحدا قلت اري ان يكون قوله لغيره تنازع الفعلين جميعا وتقديره يحل لغيره ما ذبحه المحرم لغيره ويخرج نفسه من ذلك لان الصيد في الروايات مقيد بالانعام فان قلت تعليله هذا لا يخلو اما ان يكون صحيحا او لا فان كان الثاني لم يتم الدعوى وان كان الاول لزم ان يحل له لان الفعل قد انتقل اليه ولو ذبح حلال صيدا حل اكله للمحرم ان لم يدل عليه او لم يأمره به قلت التعليل صحيح ولكن لا يحل له لان الدلالة اذا كانت محرمة فالمباشرة لا يتقاعد عن الدلالة وان انتقل الفعل الى غيره حكما ولنا ان الذكاة فعل مشروع بالاتفاق وذبح المحرم ليس بفعل مشروع بالنص قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم سماه قتلا دون الذبح والذكاة اشارة الى انه لا يوجب الحل ونهاهم عنه وهو يدل على التحريم بعينه لكونه بمعنى النفي ونوقض بذبح شاة الغير بغير اذنه فانه حرام لا محالة فكان الواجب ان لا يقع ذكاة ولا يحل اكله وليس كذلك والجواب ان المصنف رحمه الله اشار الى الجواب عن هذا بقوله وهذا لان المشروع اي من الذبح هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا وبيانه ان الدم محرم للحيوان فلا بد من تمييزه عن اللحم ليصلح للاكل وذلك امر متعسر خفي وكله سبب ظاهر وهو قطع عروق الذبح فاقيم الذبح مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا والذبح الذي قام مقامه معدوم ههنا لان المقيم لذلك هو الشرع ولم يقمه ههنا حيث اخرج الصيد عن المحلية بالنص بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما كما قال حرمت عليكم امهاتكم فاخرجت عن محلية النكاح بخلاف ذبح شاة الغير بغير امره فان الشرع لم يخرجها عن المحلية فكان منهيا والنهي يدل على المشروعية كما عرف في الاصول **وقوله** فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمته عند ابي حنيفة رضي الله عنه قال

الامام التمرتاشي اذا اكل بعد ما ادى الجزاء واما اذا اكل قبله فلا تدخل قيمة ما اكل في الجزاء قوله وقالا
ظاهر وقوله فصارت حرمته اكتسابا لهذه الوسائط يريد ان حرمته اكتسابا له باعتبار كونه ميتة وكونه
ميتة باعتبار خروج الصيد عن الحلية وخروجه عنها [illegible] وذلك باعتبار الاحرام فكانت الحرمة
فكانت الحرمة مضافة الى الاحرام بهذه الوسائط فكان متناولا لمحظور احرامه فيجب عليه الجزاء وظهر
من هذا الجواب عما اذا ذبح الحلال صيد الحرم فادى جزاءه ثم اكل منه فانه لا يلزمه شيء لان حرمته
لم تكن لمحظور احرامه وهو [illegible] فان قيل يشكل بالمحرم كسر بيض صيد فادى
جزاءه ثم شواه فاكله فانه تناول محظور احرامه ولم يلزمه شيء اجيب بان وجوب الجزاء في البيض ليس
له الا باعتبار انه اصل الصيد كما ذكرناه وبعد الكسر لم يبق هذا المعنى وقوله فيما اصطاده الحلال
الحرم يعني [illegible] وقوله لما ذكرنا [illegible] صيد في
حق الحرم [illegible] وقوله الله
صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible]
[illegible] على ان يهدي اليه الصيد دون اللحم وهذا لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اهدى الصيد
الى المحرم لا فيما اهدى اليه اللحم لان اللحم ليس صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد
على المحرم وبه نقول لا يقال ان الصعب بن جثامة اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا
وهو بالابواء فرده عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم [illegible]
بامره واعلم ان هذا الحديث روي [illegible] او يصاد له وحينئذ لا يسكن له [illegible] لا ينتفي الحل اذا
صاد غيره لاجله لانه صار معطوفا على المعنى لا الغاية ورواية كتب الحديث مثل سنن ابي داود والترمذي والنسائي
بالالف هكذا او انما يصح له التمسك بما روى او انما يصح يصد له ليصير معطوفا على الغاية وهي ضعيفة وقوله
فالنوادي اي المشايخ فيه اي في شرط عدم الدلالة لاباحة الاكل روايتان في رواية يحرم وهو اختيار الطحاوي
وفي رواية لا يحرم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني قال وفي صيد الحرم اذا ذبحه
الحلال اذا قتل الحلال صيد الحرم وجب عليه قيمته يتصدق بها على الفقراء لما ذكر في الكتاب وهو واضح
فان قيل الصيد كما استحق الامن بسبب الحرم فكذلك استحقه بسبب الاحرام فاذا قتل المحرم صيد الحرم
ينبغي ان يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت وجوب الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الايضاح
ووجه الاستحسان ما ذكر في شرح الطحاوي ان حرمة الاحرام اقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد في الحل
والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف وقوله ولا يجزيه الصوم فرق بين قتل المحرم الصيد وقتل
الحلال صيد الحرم في جواز الصوم في الاول دون الثاني بما حاصله ان الواجب على المحرم جزاء الفعل
ولهذا يتعدد اذا قتل المحرمان صيدا واحدا وعلى الحلال بدل المحل لما فات عن المحل من وصف الامن والصوم
يجوز ان يقع جزاء الفعل لا بدل المحل فان قلت هذا انما يتم ما ذكرت ان لو ادى في ضمن اداء جزاء الاحرام
اذا قتل المحرم صيد الحرم لان بدل المحل لا يتادى في ضمن اداء جزاء الاحرام كما اذا قتل صيدا مملوكا فالجواب ان
ما قلنا من الاستتباع انما كان دفعا لتكون الحرمتان لواحد وهو الله تعالى وما ذكرتم ليس كذلك لان ما
وجب فيه باداء الفعل لله تعالى وما وجب بان المحل للعبد ولا يمكن ان يقضى بما لله تعالى ما للعبد لان افتقار
العبد مانع خلاف الاول وعورض بانه لو كان بدل المحل لوجب على الصبي والمجنون والكافر اذا استهلكوا
صيد الحرم وليس كذلك واجيب بانه وان كان ضمان المحل ففيه معنى الجزاء حتى ان حلالا ان اصاب صيد
الحرم فقتله في يده حلال اخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لما ان كل واحد منهما متلف من جهة احدهما

بالاخذ المفوت للامن والثاني بالاتلاف حقيقة فلم يلزم ما ذكر ثم شرطوا الى الجزاء وهل يجزيه الهدي فيه
روايتان احدهما ان الواجب لا يتادى باراقة الدم بل بالتصدق باللحم فيشترط ان تكون قيمة اللحم مثل قيمة
الصيد وان سرق المذبوح عاد الواجب كما كان والاخرى انه يتادى بها اذا كانت قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد
فان سرق المذبوح لم يبق عليه شيء لان الهدي ما يجعل لله تعالى واراقة الدم طريق صالح لذلك شرعا
كالتصدق الا ترى ان المضحي يجعل الاضحية لله تعالى خالصة باراقة دمها فكذلك بالهدي وقوله ومن دخل
الحرم بصيد قال في النهاية وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي رحمه الله فان في المحرم لا يتوقف وجوب
الارسال على دخول الحرم فانه يجب عليه الارسال لمجرد الاحرام بالاتفاق قال الشافعي الصائد الذي في
يده ومملوكه وحق الشرع لا يظهر في حق العباد لحاجته وقلنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة
الحرم وبين الملاعبة [illegible] اذا صار تعني الصيد من صيد الحرم بالدخول فيه وصيد الحرم مستحق الامن بما
رويناه من قوله عليه السلام في حديث طويل ولا ينفر صيدها وقوله فان باعه ظاهر وقوله لما
قلنا اشارة الى قوله لان ابيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وقوله ومن احرم وفي بيته او في قفص معه
صيد فليس عليه ان يرسله يشير الى انه لو كان في يده فعليه ان يرسله بالاتفاق ولهذا اقام الشافعي صورة
النزاع عليه بقوله كما اذا كان في يده وقوله ولنا ان الصحابة ظاهر وقوله وبذلك جرت العادة الفاشية
فان الناس يحرمون ولهم بيوت الحمام ولا يجب عليهم ارسالها وقوله ولان الواجب ترك التعرض [illegible]
يتضمن الجواب عن دليل الشافعي ووجهه ان الواجب ترك التعرض وهو حاصل اذا لم يكن بيده لانه محفوظ
بالبيت والقفص لا به والتعرض بالامساك في الملك ليس بمناف لانه لو ارسله في المفازة فهو على ملكه فدل
على انه لا معتبر ببقاء الملك والا لزم الجزاء ارسل او لم يرسل وقيل اذا كان القفص في يده وجب عليه
ارساله لانه متعرض بمسكه لكن على وجه لا يضيع بان يخليه في بيته لان اضاعة المال منهي عنها وقوله فان اصاب
حلال صيدا ظاهر وقوله ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما احترازا عما اخذ المحرم فانه لا يملك الصيد والملك
المحترم لا يبطل بالاحرام وانما قلنا انه ملكه ملكا محترما بدليل ان الحلال ان اخذ الصيد ثم احرم فارسله
ثم حل ثم وجده في يد غيره كان له ان ياخذه منه بخلاف ما اذا اخذ الصيد وهو محرم ثم ارسله ثم حل من
احرامه فوجده في يد غيره لا سبيل له عليه واذا كان ملكا محترما وقد اتلفه المرسل وجب عليه ضمانه فان قيل
سلمنا انه ملكه ملكا محترما ولكن وجب اخراجه عن الملك تركا للتعرض الواجب الترك اجاب بقوله والواجب
عليه ترك التعرض لا الاخراج عن ملكه وتمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه بالارسال كان متعديا
فيضمن ونظير هذا الاختلاف الاختلاف في كسر المعازف فانه لا ضمان فيه عندهما لانه امر بالمعروف ونهي عن
المنكر وعند ابي حنيفة رضي الله عنه يجب الضمان لغير لهو **وقوله** وان اصاب محرم صيدا ظاهر وقوله
فان قتله محرم اخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد الامن والتعرض له من محظورات
الاحرام الموجبة للجزاء والقاتل مقرر لذلك لانه كان بعرضة الاخذ متمكنا من الارسال وقد فات ذلك به وتقرر
التعرض والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فانهم يضمنون لما قرروا
بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج على ما عرف ثم يرجع الاخذ على القاتل بما ضمن من الجزاء
وقال زفر لا يرجع لان الاخذ انما اخذ بصنعه ومن اخذ بصنعه لا يرجع على غيره فيما لا يقبل المالك للابتداء
ثم نزل الراجع منزلة المالك لواسطة الضمان فيما هو غير قابل للمالك في حق المحرم كمسلم غصب خمر ذمي فاتلفه
في يده اخر فضمن الذمي الغاصب لم يرجع على المتلف بشيء ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال
الهلاك به فهو بالقاتل بالقتل جعل فعل الاخذ علة فيكون قتله في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان اليه
كغاصب الغاصب اذا اتلف المغصوب وضمنه الغاصب فان حاصل الضمان يستقر عليه واعلم ان الرجوع يستلزم

تضمين ما ليس بمملوك وما ليس بمملوك ليس بمضمون والزام الكزما لزمه فان ما لزمه كفارة يفتي بها وبحرمة
الصوم فيه وبالرجوع بطالبه بضمان محكوم به يجبر عليه وذلك الكزما لزمه فلا يجوز واجيب عن الاول بان
الضمان لم يستلزم الملك بل يجوز ان يكون في مقابلة ازالة يد محترمة وهي موجودة فيما نحن فيه لان الاخذ
كان متمكنا بيده من الارسال واسقاط الجزاء عن نفسه وقد فوتها القاتل عليه فيضمنه كغاصب المدبر اذا قتله
انسان في يده فادى الغاصب قيمته فانه يرجع على القاتل بقيمته وان كان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى
وعن الثاني بان مثل هذا التفاوت لا يمنع الرجوع كالاب اذا اغتصب مدبر ابنه فغصبه منه اخر ثم الابن ضمن الاب
رجع الاب على الغاصب وعينه وان كان هو لا يجبر فيما لزمه لابنه والجواب عما استشهد به زفر ان غاصب حجر لم تثبت
له يد محترمة لان خروجه عن محلية التملك لاهانته بخلاف الصيد لان ذلك فيه لزيادة احترام في حق المحرم باحترام
كحرمة الادمي فيثبت له يد محترمة فيه وان ثبت له ملك قال وان قطع حشيش الحرم اعلم ان
حشيش الحرم وشجره على نوعين نحو ما انبته الانسان وما نبت بنفسه وكل واحد منهما على نوعين لانه اما ان
يكون من جنس ما ينبته الناس او لا يكون والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء والاول من الثاني بنوعيه لا يوجب الجزاء والاخر
من الثاني كذلك وانما يجب الجزاء في الثاني منه وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس ويستوي
فيه ان يكون مملوكة لانسان بان نبت في ملكه او لم يكن حتى قالوا في رجل نبت في ملكه ام غيلان فقطعها انسان
فعليه قيمتها لمالكها وعليه قيمة اخرى لحق الشرع فقوله فان قطع حشيش الحرم الى ان قال فعليه قيمته اشارة
الى هذا النوع الاخير لانه اضافه الى الحرم وقال وهو مما لا ينبته الناس وقوله لا يختلى خلاها اي لا يجتز رطب
مرعاها ولا يقطع شوكها وقوله لان حرمتها ثبتت بسبب الحرم لا بسبب الاحرام لان المحرم ليس بممنوع عن الاحتشاش
والاحتطاب خارج الحرم وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانها غرامة وليست بكفارة وقوله بخلاف الصيد يعني
انه لا يجوز بيع صيد اصطاده محرم او بيع صيد الحرم اصلا والفرق ما نذكره يريد قوله لان بيعه حيا تعرض
الصيد الامن وقوله والذي ينبته الناس عادة متصل بقوله وهو مما لا ينبته الناس وقوله وهما وما لا ينبت
عادة اذا انبته انسان معطوف على قوله والذي ينبته الناس عادة يعني ما لا ينبته الناس عادة اذا انبته انسان
التحق بما ينبته الناس فكان غير مستحق الامن الحاقا بالجنس الاجماع بجامع انقطاع كمال النسبة الى الحرم عند النسبة
الى غيره بالانبات وقوله ولو نبت بنفسه يعني الذي لا ينبت عادة لو نبت بنفسه في ملك رجل فقد ظهر مما ذكرنا
انها تعرض عليه لوجهين احدهما ان النبات يملك بالاخذ فكيف تجب القيمة بعد ذلك والثاني ان الحرم غير مملوك
لاحد فكيف يتصور قوله وقيمة اخرى ضمانا لمالكه واجيب عن الاول بان قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء
في ثلث الماء والكلا محمول على خارج الحرم واما الحرم فحقه لا يجوز التعرض بالنص كصيده وعن الثاني
بانه على قول من يرى تملك ارض الحرم وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقوله وما جف من شجر
الحرم بيان لاستثناء مطلع هذه المسئلة وهو ظاهر وقوله لا باس بالرعي لان فيه ضرورة يعني ان الذين
يدخلون الحرم للحج او العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحقق الضرورة ولنا ما روينا يعني قوله عليه السلام
لا يختلى خلاها وانما تعتبر الضرورة فيما لا يكون فيه نص بخلافه فان قيل النص في القطع لا في الرعي اجاب بقوله
والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل مشفر كل شيء حرفه ومشفر البعير شفته والمناجل جمع منجل وهو ما يحصد
به الزرع وقوله وحمل الحشيش يعني سلمنا ان النص في القطع لا في الرعي لكن لا نسلم الضرورة لان حمل
الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة فان قيل ما بال الاذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه اجاب بقوله بخلاف الاذخر
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استثناه فيجوز رعيه روي ان العباس رضي الله عنه لما قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر يا رسول الله فانها لقيونهم وبيوتهم فقال
عليه السلام الا الاذخر وتاويله انه عليه السلام كان من قصده ان يستثني الا ان العباس سبقه بذلك وكان

أو حي

أوحى الله اليه ان يرخص فيما يستثنيه العباس فان قيل على هذا التقرير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا
لمقارن فيخص المرعي بالقياس عليه قلت الاستثناء ليس بتخصيص ولئن سلمناه كان الاذخر مخصوصا بالضرورة
وقد ذكرنا ان لا ضرورة في المرعى وقوله بخلاف الكماة معطوف على قوله بخلاف الاذخر يعني انها ليست
بداخلة في الحرمات لانها ليست من جملة نبات الارض بل هي مودعة فيها قال وكل شيء فعله
القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان • كل ما على المفرد دم مما تقدم من الجنايات فعلى
القارن فيه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله عليه دم واحد بناء على ان القارن عنده
محرم باحرام واحد وعندنا باحرامين وقد مر ذلك من قبل فان قيل احرام الحج اقوى لكونه فرضا دون
العمرة واذا اجتمع امران في ايجاب حكم واحد واحدهما اقوى من الاخر فان الحكم مضاف اليه ويجعل
الاضعف كالمعدوم كما ذكرتم في المحرم اذا قتل صيد الحرم فانه لا يجب عليه الا جزاء واحد لان حرمة الاحرام
اقوى فالجواب ان ذلك الاصل صحيح لكن ليس احرام الحج اقوى من احرام العمرة فان احرام العمرة على انفراده
يحرم على المحرم بها جميع ما يحرم احرام الحج وكانا متساويين فلا يستتبع احدهما الاخر فان قيل ينبغي على هذا يجب
ان يخص وجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف بعرفة واما بعد الوقوف بها ففي الجماع يجب
دمان وفي سائر المحظورات دم واحد لما ان احرام العمرة انما بقي في حق التحلل لا غير قلت بعد ذلك وان كان
شيخ الاسلام ذكر مثل ما ذكرت ووجه البعد ان احرام العمرة بعد الفراغ من افعالها لو لم يبق الا في حق التحلل خاصة
لكان قبل الوقوف وبعده سواء وقوله الا ان يتجاوز الميقات استثناء من قوله فعليه دمان وقوله خلافا لزفر
يعني انه يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في سائر المحظورات ولنا ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد
الا ترى انه لو احرم للعمرة عند الميقات ثم احرم بالحج بعد ما جاوز الميقات كان جائزا ولا شيء عليه مع انه قارن
ايضا وبتاخيره واجب لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل
وقال الشافعي رحمه الله عليهما جزاء واحد لان من اصله ان الاعتبار للمحل ومن هذا قال ان الدال الذي لم
يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل هنا واحد فلا يلزمه الا جزاء واحد وقاس بصيد الحرم وحقوق العباد
ولنا ان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة اما انه يصير جانيا فلان الفعل لا يقبل التجزئة
اذا صدر من فاعلين يضاف الى كل واحد منهما كملا كما في القصاص وكما في القتل واما انه جناية تفوق الدلالة
فلاتصاله بالمحل دونها واذا كان كل واحد منهما جانيا باشتراك الجناية كانت الجناية متعددة وتعددها يوجب
تعدد الجزاء لا محالة وقوله واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم هو عكس المسئلة المتقدمة ظاهر مما
تقدم غير مرة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل قال المصنف لان بيعه حيا تعرض للصيد الامن
والتعرض للصيد الامن باطل لخروجه عن محلية البيع بحرمة الشرع كخروجه عن محلية الذبح لذلك والبيع
المضاف الى غير محله باطل وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة وبيع باطل لعدم المحل وقوله ومن اخرج ظبية من الحرم
حلالا كان او محرما فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم
بقي مستحقا للامن شرعا يعني ان الصيد بعد الاخراج من الحرم متصف بصفة شرعية وهي بقاء استحقاقه للامن
شرعا وكل ما اتصف بتلك الصفة صفته تلك تسري الى الاولاد اما اتصافه ببقاء الاستحقاق للامن شرعا فلان
الرد الى مامنه واجب واما ان كل ما اتصف بتلك الصفة صفته تلك تسري الى الاولاد اما اتصافه ببقاء
الاستحقاق للامن شرعا فلان الرد الى مامنه كالحرية والرق والكتابة وغيرها وقد نقض بولد المغصوبة
فانها واجبة الرد الى مالكها وهي صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فان زوائد الغصب غير مضمونة والجواب
ان الصفة الشرعية تسري الى الاولاد اذا لم يكن مانع وصفة المغصوبة يمتنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية
ولان تصورها لا يتحقق في الاولاد لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد لا يتحقق لعدم ثبوت اليد عليها

علمها انزال بالغصب والله اعلم

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

قال صاحب النهاية رحمه الله لما ذكر باب الجنايات وانواعها عقبه ذكر باب مجاوزة الوقت بغير احرام لان هذا من الجنايات ايضا الا ان هذا قبل الاحرام وما ذكره من الجنايات وما يتحقق بعد الاحرام ومطلق ذكر جناية المحرم يتناول ما بعد الاحرام فكان كاملا في استحقاق اسم الجناية فلذلك قدمه على هذا الباب فان قيل كان الواجب ان لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شيء لان الحرم للاشيا الموجبة للكفارة هو الاحرام والاحرام غير موجود في ذلك الوقت فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام ارتكب المنهي عنه وتمكن به في حجه نقصان ونقصانه يجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك في اوانه بالرجوع الى الميقات ملبيا قبل ان يطوف فاذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وتخصيصه بذات عرق بنا على ظاهر حال الكوفي والا فالرجوع اليه والى غيره من المواقيت سواء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال ينظر ان عاد الى ميقات وذلك الميقات يحاذي الميقات الاول او ابعد الى الحرم سقط عنه الدم والا فلا وان رجع اليه لكن لم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان رجع فلا شيء عليه لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود لان حق الميقات انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في وقته وذلك قبل الشروع في الافعال وتدارك المتروك في اوانه يسقط الكفارة بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك لان المتروك هناك استدامة الوقوف الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر وهذا الكلام تم الحجة على زفر وبقي الكلام بينهم في ان التدارك هل يحصل بمجرد العود او مع التلبية عندهما العود محرما لانه اظهر حق الميقات وهو المرور به محرما فانه اذا احرم من دويرة اهله ومر به ساكتا صح وعنده العود ملبيا لان العزيمة ان يحرم من دويرة اهله فاذا احرم منها صارت موضع احرامه فيشترط التلبية هناك فاذا لبى ثمة ثم سكت عند المرور بالميقات لا شيء عليه وليس الكلام فيه وانما الكلام فيما اذا ترخص بالتاخير الى الميقات فانه يجب قضا حقه بانشاء التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى احرم وراء الميقات ثم عاد فان لبى فقد اتى بجميع ما هو المستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يات بجميع ما استحق عليه والخلاف في احرام العمرة في جميع ما ذكر وقوله ولو عاد بعدما ابتدا الطواف متصل بقوله وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته وحاصله ان مسئلة العود على ثلثة اوجه في وجه لا يسقط بالعود بالاتفاق وفي وجه لا يسقط بالاتفاق وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرناه وبيانه ان من دخل مكة يريد الحج او العمرة لا يجوز له ان يتجاوز الميقات بغير احرام فان جاوز الميقات فاما ان يعود اليه او لا فان لم يعد وجب عليه الدم فان عاد فاما ان يعود قبل الاحرام او بعده فان عاد قبله سقط الدم بالاتفاق لانه انشا التلبية الواجبة عند ابتداء الاحرام وان عاد بعده فاما ان يعود بعدما ابتدا الطواف واستلم الحجر او قبله فان عاد بعده لا يسقط الدم بالاتفاق لانه لما طاف واستلم الحجر وقع شوطا معتدا به وذلك ينافي اسقاط الدم عنه لان الاسقاط انما هو باعتبار انه مبتدئ من الميقات تقديرا وبعدما سقط منه وتم منه شوط معتد به لا يتصور كونه منه مبتدئا وظهر لك بما ذكرنا ان قوله واستلم الحجر لبيان ان المعتبر في ذلك الشوط وان عاد قبله فعلى الاختلاف المذكور وقوله وان دخل البستاني ظاهر **وقوله** لحق باهله يعني سواء نوى او لم ينو مدة الاقامة في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله انه شرط مدة الاقامة خمسة عشر يوما وقوله وقد مر من قبل اراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم **وقوله** ومن دخل مكة بغير احرام معناه من دخل مكة بغير احرام فلزمه حجة او عمرة ثم خرج من عامه ذلك وحج حجة الاسلام او حجة او عمرة فانها تنوب عما وجب عليه

بدخول مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر فانه اذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الاسلام فانه لا يسقط بها المنذورة كذلك ههنا والجامع ان كل واحد منهما واجب بسبب غير سبب الاخرى فان ما وجب عليه بالدخول نظير لما يجب عليه بالنذر وفيه ان الشروع ملزم كالنذر فكما لا يتادى المنذورة بحجة الاسلام فكذا المشروع فيهما وصار كذلك كما اذا تحولت السنة ثم حج بحجة الاسلام فانه لا يقوم مقام ما لزمه بدخوله مكة بلا خلاف ولنا وهو الاستحسان انه تلافى المتروك في وقته وهو السنة التي دخل فيها مكة لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام لا غير على وجه كان وقد حصل ذلك كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتدا فانه تجزيه عن حجة الاسلام التي نوى وعما لزمه بدخول مكة بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته بمضي وقت الحج فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من سنة نذر فيها دون العام الثاني فان قيل سلمنا ان الحجة بتحول السنة تصير دينا ولكن نسلم ان العمرة تصير دينا لعدم توقيتها بوقت معين فينبغي ان تسقط العمرة الواجبة بدخوله مكة بغير احرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية كما تسقط بها في السنة الاولى اجيب بان تاخير العمرة الى ايام النحر والتشريق مكروه فاذا اخرها الى وقت مكروه صار كالمفوت لها فصارت دينا **قال** ومن جاوز الميقات بغير احرام ذكر في هذه المسئلة ثلثة احكام المضي فيها وقضاؤها باحرام من الميقات وسقوط الدم اما المضي فلان الاحرام عقد لازم لا يخرج المرء عنه بعد الشروع فيه الا باداء الافعال واما القضاء فلانه التزم الاداء على وجه الصحة ولم يفعل واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها باحرام من الميقات يجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة بغير احرام يسقط عنه الدم كمن سها في صلوته ثم افسدها فقضاها سقط سجود السهو وقال زفر لا يسقط عنه الدم وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام فاحرم بالحج وفاته الحج ثم قضاها فانه يسقط عنه دم الوقت عندنا خلافا لزفر ونظير الاختلاف فيمن جاوز الميقات بغير احرام واحرم بالحج ثم افسده بالجماع قبل الوقوف بعرفة ثم قضاه فان دم الوقت يسقط عنه عندنا خلافا لزفر قال لان الدم بمجاوزة الميقات صار واجبا عليه فلا يسقط بفوات الحج كما لو وجب عليه الدم بالتطيب او لبس المخيط فانه لا يسقط عنه بفوات الحج ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه اي من الميقات في القضا وهو اي القضا يحكي الفائت اي يفعل مثل فعل ما فات وهو الاحرام من الميقات ابتداء فينعدم المعنى الذي لاجله لزمه الدم وهو المجاوزة بغير احرام بخلاف غيره من المحظورات فانه لا ينعدم بفوات الحج وقضائه **وقوله** واذا خرج المكي من الحرم الى اخره ظاهر والله اعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

اضافة الاحرام الى الاحرام في حق المكي ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج في حق الافاقي بخلاف اضافة احرام الحج الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقيب الجنايات وباعتبار عدمه جعله من باب على حدة قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة قيده بالمكي لان الافاقي اذا اهل بالعمرة اولا فطاف لها شوطا ثم اهل بالحج مضى فيهما ولا يرفض الحج لان بناء افعال الحج على افعال العمرة صحيح في حق الافاقي الا انه لو طاف لها اقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها الاكثر متمتعا لان المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة والاكثر الطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما وقيده بالعمرة لان المكي اذا اهل بالحج فطاف له شوطا ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرامه للحج قد تاكد وقيل التاكد يوم عرفة فيه اولى وقيده بالشوط يعني الشوط الواحد لانه اذا طاف لها اربعة اشواط لا خلاف في رفض الحج واما

الشرطين والثلاثة فقد صرح فخر الاسلام بوجود الخلاف الذي ذكرنا اذا طاف لها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله رفض العمرة احب الينا وقضاها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما بناء على ما تقدم من ان الجمع بين الحج
والعمرة في حق المكي غير مشروع فلا بد من رفض احدهما حذرا من الاستدامة على غير المشروع والعمرة اولى
بالرفض لانها ادنى حالا لكونها فرضا دونه واقل اعمالا لان اعمالها الطواف والسعي لا غير وايسر قضاء
لكونها غير موقتة هذا اذا كان الحج فرضا واما اذا كان تطوعا فيتعلل بالوجهين الاخيرين قوله وكذا اذا
احرم يعني رفض العمرة احب لكن هذا بالاتفاق لما قلنا يعني من الامور الثلاثة وفي عبارته تسامح لانه عطف بقوله
وكذا المتفق عليه على المختلف فيه وهو مما لا مجال له وقوله وان طاف للعمرة اربعة اشواط ظهر مما ذكرنا انفا وقوله
ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عندهما اختلف النسخ منها في بعضها عندهما وفي بعضها عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وفي بعضها وكذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة بحذف كلمة لا من قوله وكذلك قال
صاحب النهاية رحمه الله ذكر الامام المحبوبي والامام قاضيخان والامام الاسبيجابي رحمهم الله والصواب ولذلك يعني
النسخة الاخيرة قال وهكذا ايضا وجدته بخط شيخي ولكل واحدة من هذه النسخ وجه اما وجه الاولى والثالثة
فظاهر واما وجه الثانية فهو انه لدفع سؤال السائل وهو ان يقال لما اخذ الاكثر حكم الكل يكون الاقل
معدوما حكما فينبغي ان يرفض العمرة عند ابي حنيفة حينئذ لانه لم ياخذ حكم الوجود فصار كانه لم يطف للعمرة
شيئا وهناك يرفض العمرة كما مر فكذا هنا لكان في المعدوم الحكمي فقال ليس كذلك فانه لما اتى بشيء من افعال
العمرة فقد تاكدت العمرة ولم يتاكد الحج اصلا فكان رفض غير المتاكد اسهل وهذا هو احد الوجهين المذكورين
في الكتاب من جانبه والوجه الاخر هو ما ذكره بقوله ولان في رفض العمرة والحالة هذه يعني والحال انه اتى بشيء
من افعال العمرة ابطال العمل اي الطواف الذي اتى به وفي رفض الحج امتناع عنه والامتناع اهون من ابطال
ما وقع معتدا به **وقوله** وعليه دم بالرفض ايهما رفضه يعني الحج عنده والعمرة عندهما لانه تحلل قبل اوانه
لتعذر المضي فيه لكون الجمع بينهما غير مشروع فكان في معنى المحصر وعلى المحصر دم للتحلل ويكون الدم دم جبر
لا دم شكر على ما ياتي فان قيل هلا لزمه دمان لحرمة كل واحد من الاحرامين دم اجيب بانه غير ممنوع عن احدهما
فالنقصان حينما تمكن فانما تمكن في احدهما فلذلك لزمه دم واحد الا ان في رفض العمرة قضاها لا غير وفي رفض
الحج قضاءه وعمرة اما الحج فلانه صح شروعه فيه ثم رفضه واما العمرة فلانه في معنى فائت الحج لتحلله بافعال العمرة بالدم
وقد تعذر التحلل بافعالها ههنا لانه في العمرة والجمع بين العمرتين منهي فيجب قضاء الحج والعمرة جميعا وان مضى عليهما
يعني اذا لم يرفض المكي ومن بمعناه العمرة او الحج وانما مضى عليهما واداهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما
غير انه منهي عنهما او عن احرام الحج واحرام العمرة جميعا قال صاحب النهاية وفي نسخة شيخي بخطه منهي عنها اي عن
العمرة اذ هي المتعينة للرفض اجماعا فيما اذا لم يشتغل بطواف الحج والكلام فيه لانها هي الداخلة في وقت الحج وبها
وقع العصيان وقوله والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا ان النهي يقتضي المشروعية فكان التناقض
غير مشروع في كلامه واجيب بانه اراد بقوله غير مشروع كاملا كما في حق الافاقي وبه يندفع التناقض وقوله وعليه دم واجب
قال ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى ۞ اعلم ان اضافة الاحرام الى الاحرام اربعة
اقسام بالقسمة العقلية ادخال احرام الحج على احرام العمرة وادخال احرام الحج على احرام الحج وادخال احرام العمرة
وادخال احرام العمرة على احرام الحج وقد مر ادخال احرام الحج على احرام العمرة على الاقسام الباقية لكونه
ادخل في كونه جناية ولهذا لم يسقط عنه الدم ولما فرغ من ذلك ذكر ادخال احرام الحج على احرام الحج مقدما
على غيره لقوة حاله اذا كان احدهما فرضا ثم ادخال احرام العمرة على احرام العمرة لانها تماثل في الكيفية
وكمية الافعال والاصل في ذلك ان الجمع بين احرامي الحج واحرامي العمرة بدعة لكن اذا جمع بينهما لزماه
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما وعند محمد والشافعي رحمهما الله لزمه احدهما ولا كلام ههنا مع الشافعي بناء على

ان الاحرام عنده ركن فلا يمكن الجمع بين الركنين وعندهما شرط للاداء لكن محمدا يقول هو وان كان شرطا
للاداء الا انه ما شرع الا للاداء فلا يتحقق الا على الوجه الذي يتصور فيه الاداء واداء الحجتين او العمرتين معا
غير متصور فلا يتصور الاحرام لهما كالتحريمة في الصلوة وهما يقولان الاحرام بالحج او العمرة يحتمل في الذمة
بدليل انه يصح منفصلا عن الاداء وانه متى شرع يحاكيه فصار من هذا الوجه كالنذر بخلاف التحريمة للصلوة
لانها لا تصح منفصلة عن الاداء الا انه لا بد من رفض احدهما اما احترازا عن ارتكاب المنهي عنه واما لان
البقاء للاداء لا للالتزام والجمع اداء غير متصور فبعد هذا قال ابو حنيفة اذا توجه الى احدهما صار اداء
رافضا للاخرى وقال ابو يوسف كما فرغ من الاحرامين يصير رافضا احدهما وفائدة الاختلاف تظهر فيما
اذا قتل صيدا قبل ان يتوجه الى احدهما فانه على قول ابي حنيفة يلزمه قيمتان وعلى قول ابي يوسف
يلزمه قيمة واحدة وكذلك اذا احصر في هذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف
رحمهما الله اذا عرف هذا نعود الى تطبيق ما في الكتاب على هذا الاصل فاذا احرم بالحج ثم احرم بالحج
يوم النحر بحجة اخرى ان حلق في الحجة الاولى ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى لزمته الاخرى لما ذكرنا انه
التزام محض ولا شيء عليه لان الاولى قد انتهت نهايتها وان لم يحلق في الاولى واحرم بحجة اخرى صار جامعا
بين احرامي الحج فبعد ذلك اما ان يحلق للاولى في هذه السنة او يؤخر الحلق الى السنة الثانية فصل فان
حلق فقد تحلل عن الاولى ولكن جنى على الثانية بالحلق وان اخر فقد اخر الحلق من الاولى عن وقته والتاخير
عن الوقت مضمون في قول ابي حنيفة ولهذا قال في الكتاب وعليه دم قصر او لم يقصر اي حلق او لم يحلق
وانما عبر عنه بالتقصير لان وضع المسئلة في قوله ومن احرم بالحج ثم احرم يتناول الذكر والانثى
فذكر لفظا لا يختص بالحلق ثم لفظ التقصير لما ان الاولى في حق الرجل الحلق وفي حق النساء التقصير
وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة الى احرم ما ذكر في الكتاب
وهو واضح بعد التامل فيما سبق لكن يرد عليه شيء وهو ان المذكور من مذهب محمد في هذا الاصل
انه اذا جمع بين احرامين انما يلزمه احدهما وهو المروي عن الامام التمرتاشي والفوائد الظهيرية
وحينئذ ينبغي ان لا يلزمه دم وان قصر لعدم لزوم الاخر فاما ان يكون سهوا في نقل مذهب محمد ومذهبهم
كمذهبهما واما ان يكون عنه في ذلك روايتان ومن فرغ عن عمرته الا التقصير فاحرم بعمرة اخرى فعليه دم
يعني بالاتفاق لاحرامه قبل الوقت لان وقته بعد الحلق للاولى ولم يوجد لانه جمع بين احرامي العمرة
وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة لا دم نسك لتحلله وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير
يبين فيها لزوم دم الجمع في العمرة من غير اختلاف الروايتين وسكت محمد رحمه الله عن بيان وجوبه للجمع
بين احرامي الحج في الجامع الصغير واوجبه في مناسك المبسوط فقال بعض مشايخنا في ذلك روايتان واما
وجوبه في الجمع بين احرامي العمرة فذلك رواية واحدة وهذه المسئلة ايضا تدل على ان مذهب محمد في لزوم
الاحرامين كمذهبهما والا لما لزم عنده شيء لان الجمع غير متحقق لعدم لزوم احدهما الا اذا زاد بالجمع
ادخال الاحرام على الاحرام وان لم يلزم الا احدهما فيستقيم **وقوله** ومن اهل بالحج اي رفع صوته
بالتلبية ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لانه قرن
بين النسكين لكنه اخطا السنة فيصير مسيئا لان السنة ادخال الحج على العمرة لا ادخال العمرة على الحج قال الله
تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج جعل الحج الغاية لكن لما لم يؤد الحج صح لان الترتيب وجد في الافعال وان
فات في الاحرام فعليه ان يقدم افعال العمرة على افعال الحج حتى لو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة كان
رافضا لعمرته لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة بل المشروع هو ان يكون افعال
الحج مبنية على افعال العمرة **وقوله** مبنية نصب على الحال قال في النهاية والعامل فيها معنى الاشارة

في هي هذا اكانت منعقدة تنفيذ بحجة وفيه نظر فان لو جبر لها لم يكن رافضا حتى لو بدا له فرجع من الطريق الى مكة فطاف لعمرته وسعى لم وقف بعرفات كان قارنا وقد ذكرناه من قبل يعني في احرامات القران قال ولا يصير قارنا بمجرد النية هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة الى آخره فان طاف للحج يعني طواف التحية ثم احرم بعمرة يمضي عليهما ويقضي المضي ان يقدم افعال العمرة على افعال الحج كما هو المسنون في القران لما مر وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر يعني قوله لان الجمع بينهما مشروع على ما مر يعني قوله في حق الافاقي فصح الاحرام بهما وكلامه ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عما اختاره شمس الائمة وقاضي خان وللامام المحبوبي ان ذلك يوم القران فيكون دم شكر وذكر الامام فخر الاسلام مثل ما ذكر في الكتاب لانه اخطأ السنة في بناء افعال العمرة على افعال الحج من وجه فكان كقران المكي وقوله ويستحب ظاهر وقوله ومن اهل بعمرة في يوم النحر يعني قبل الحلق او قبل طواف الزيارة لان خلو من اهل بها بعد ما حل من الحج بالحلق بالى ذكره كذا في النهاية والظاهر الاطلاق على ما ذكره وقوله لزمته لما قلنا يريد قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الافاقي وقوله رفضها قالوا ومعناه يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج وهو الوقوف فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه **وقوله** وقد كرهت العمرة وجه آخر في لزوم الرفض على ما نذكره اشارة الى ما يذكره في الفوات بقوله العمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها وقوله وعليه مكانها اي قضاء العمرة للرفض وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الجمع بينهما مشروع فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الشروع في الصوم في يوم النحر حيث لا يلزمه القضاء اذا افسده وهاهنا يلزم اجيب بان مجرد الشروع في الصوم فيه يحصل به المعصية وهو ترك اجابة ضيافة الله فيؤمر بالافطار ولا يلزمه القضاء واما مجرد الاحرام للعمرة في هذه الايام فلا يحصل لان المعصية اداء افعالها في هذه الايام فيلزمه القضاء بصحة الشروع وان مضى عليها اي على العمرة التي احرم بها يوم النحر وفي بعض النسخ عليهما اي على الحج والعمرة اجزاه ودليله ظاهر وقوله وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام يعني ان كان احرام العمرة قبل الحلق او في الاعمال الباقية يعني اذا كان بعد الحلق وهذا يرشدك الى ان كلام المصنف على الطلاقة ليس بمقيد بما قبل الحلق كما قال صاحب النهاية لانه اذا كان قبل الحلق ففيه الجمع بين الاحرامين فلا حاجة الى قوله او في الاعمال لا محالة وقد ذكر بكلمة او وكذا قوله وقيل اذا حلق يدل على ذلك لان معناه يلزمه الرفض مطلقا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل قال الامام فخر الاسلام لم يذكر محمد الرفض في الجامع الصغير وجوابه في الاصل مشتبه ظاهره ذلك انه لا يرفضها اختاره اي المنهي يعني عن العمرة في هذه الايام كما ذكرنا قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا اي على هذا القول وهو رفض العمرة ومعنى ظاهر ما ذكر في الاصل انه لا يرفضها اي لا يرفض من غير تفصيل وقوله فان فاته الحج يعني فاته الحج ويوم من فاته الوقوف بعرفة اذا احرم بعمرة او حجة فانه يرفض التي احرم بها اما اذا كانت عمرة فلان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله وفائدته تظهر في حق لزوم الرفض اذا احرم بحجة اخرى فعندهما يرفضها لئلا يصير جامعا بين احرامي الحج وعند ابي يوسف لا يرفضها بل يمضي فيها **وقوله** على ما نبينه اراد به قوله لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة وقوله من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة لان هذا غير مذكور هنا كذا وقوله فيصير جامعا اي فائت الحج الذي احرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين فعلا لا فيجب ان يرفض العمرة التي احرم بها كما لو احرم بعمرتين واما اذا كانت حجة فانه يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

لما كان من الاحصار ما هو جناية على المحرم اعقبه باب الجنايات بنى على حجته يقول العرب احصره اذا منعه خوف او عدو او مرض من الوصول الى اتمام حجه او عمرته واذا حبسه سلطان او قاهر مانع يقولون حصره

فالمحصر محرم

فالمحصر محرم ممنوع عن المضي على اتمام افعال ما احرم لاجله فاذا احصر بعدو او مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه الله حصر الاحصار في العدو وقال المريض ليس له ان يتحلل الا ان يكون شرط ذلك عند احرامه ولكنه يصبر الى ان يبرأ لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة بالاحلال والنجاة بالاحلال لا يكون الا من العدو ولان ما به من المرض لا يزول بالتحلل بخلاف المحصر بالعدو فانه ابتلي به ولولا التحلل لا يرجع الى اهله فيندفع عنه شر عدوه ولنا ان آية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو واذا وردت فيه كانت دلالة على الاحصار بالمرض اقوى وفيه بحث من وجهين الاول كان من حق الكلام ان يقول لنا باجماع اهل التفسير لان اهل اللغة لا تعلق لهم بورود الآية وسبب نزولها والثاني انها نزلت في رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم وكان الاحصار بالعدو والجواب عن الاول ان معناه بدلالة اجماع اهل اللغة اجمعوا على معنى دل ذلك المعنى ان تكون الآية واردة في الاحصار بمرض وعن الثاني بما قيل النصوص الواردة مطلقة نعمل بها على اطلاقها من غير حمل على الاسباب الواردة هي لاجلها وقوله والتحلل قبل اوانه اشد لا لان المعقول فيه ثابت [illegible] لكنه قال سلمنا ان آية الاحصار وردت في الحصر بالعدو ولا فرق بين الاحصار والحصر لكن المرض ملحق به دلالة لان التحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار على الاحرام مع المرض اعظم لا محالة لكثرة احتياجه مداواة ومداراة الى ما جنايته على الاحرام **وقوله** فاذا جاز له التحلل يعني اذا ثبت بما ذكرنا من الدليل جواز التحلل للمحصر يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعده من يحمله يوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وهذا على قول ابي حنيفة رحمه الله لان دم الاحصار عنده غير موقت فيحتاج الى المواعدة ليعرف وقت الاحلال واما عندهما فدم الاحصار في الحج موقت بيوم النحر فلا حاجة الى المواعدة فيه وانما يحتاج اليها في العمرة فاذا بعث فهو بالخيار ان شاء اقام مكانه وان شاء رجع لانه لما صار ممنوعا ممنوعا عن الذهاب تخير بين المقام والانصراف قال في النهاية انما قيد بقوله تذبح فيه ثم تحلل لانه اذا ظن المحصر به ذبح هديه ففعل ما يفعله الحلال ثم ظهر انه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات الاحرام لبقاء احرامه كذا ذكره الامام قاضي خان وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر ودم الاحصار لا يعرف قربة بدون احد هذين فلا يقع به وقد عين الشارع المكان باشارة قوله ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم والمحل بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدي موضع حله ثم فسر المحل بقوله ثم محلها الى البيت العتيق وليس المراد عين البيت لانه لا اراقة فيه الدماء فكان المراد به الحرم وهذا واضح وقال الشافعي لا يتوقف بالحرم لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ولهذا لم [illegible] التخفيف متى لم يجد الهدي بل يبقى محرما ابدا ولان نهايته لو كانت مراعاة لتحلل في الحال كما قال مالك وليس كذلك بالاتفاق بيننا وبينه وقوله ويجوز الشاة ظاهر وذكر في المحيط انه اذا كان محرما لا يجد فيه شاة اقام حراما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج وقوله وقال ابو يوسف عليه ذلك اي الحلق ولو لم يفعل لا شيء عليه لان النبي عليه السلام فعل الذي لا يعقل قربة دليل الوجوب فكيف اذا امر غيره بذلك وحينئذ لا يكون دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه فاين دليله اجيب بان هذه المسئلة عن ابي يوسف فيها روايتان في رواية يجوز وفي اخرى واجب والمصنف اورد دليل الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل ابي حنيفة ومحمد يصلح دليلا لها وقوله ولهما ان الحلق انما عرف قربة يعني ان يكون كون الحلق قربة عرف بالنص بخلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد به النص من الاوصاف ومن جملتها كونه مرتبا على افعال الحج فلا يكون في غير المرتب قربة واما حلق النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه فليعرف المشركون استحكام عزيمة المؤمنين على

على الانصراف فيأمنوا اجانبهم ولا تشتغلوا بمكة ه أخرى بعد الفتح وان كان المحصر قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله من كان معه هدي فليهلل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا وبالهدي الواحد لا يتحلل منهما فلا يكون له ان يتحلل اصلا فان قيل دم الاحصار قائم مقام الحلق في التحلل والقارن يتحلل بحلق واحد عن الاحرامين فما باله لا يتحلل عنهما بهدي واحد اجيب بوجهين احدهما ان الحلق في الاصل محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة لمعنى في غيره كالوضوء للصلوة فينوب الواحد عن الاثنين كالطهارة الواحدة تكفي لصلاة كثيرة واما الهدي فانه مشروع للتحلل الا انه قربة مقصودة بدون التحلل ولهذا اجاز التقرب به وما هو قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد فيه عن الاثنين كافعال الصلوة والثاني ان الحلق محظور الاحرام وانما يصير قربة بسبب التحلل فان تكرر فلا يخلو اما ان كان التحلل واقعا بالاول او بالثاني فان وقع بالاول كان الثاني لغوا وان وقع بالثاني كان الاول جناية فاما الذبح فليس بمحظور الاحرام فصح الجمع وقوله ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم وانما اعاد هذه المسئلة بتحللها توطئة لقوله ويجوز ذبحه قبل يوم النحر زيادة في بيان ان دم الاحصار اعرق في اختصاصه بالمكان حيث لم يختلف فيه اصحابنا من اختصاصه بالزمان لانه مختلف فيه وقوله اعتبارا بهدي المتعة والقران تعليل عدم جواز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر واما قوله ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء فبالاتفاق فلا يحتاج الى تعليل وربما نعتبره بالحلق اذ كل واحد منهما محلل وكما لم يجز الحلق قبل يوم النحر فكذلك الذبح وقوله ولابي حنيفة ظاهر وقوله بخلاف دم المتعة والقران جواب عن اعتبارهما صورة النزاع بهما لانه اي دم المتعة والقران دم نسك وما هو دم نسك يختص بالزمان فكذا هذا وقوله وبخلاف الحلق جواب عن اعتبارهما الاخر وبيانه ان التحلل على نوعين تحلل في اوانه وهو الذي يترتب على افعال ما احرم لاجله وتحلل قبل اوانه وهو ما ليس كذلك والاول لابد له من التوقيت بيوم النحر لان الركن الاصلي هو الوقوف بعرفة وهو ينتهي به اي يوقت الحلق لانه وقته يمتد الى طلوع الفجر من يوم النحر فلابد ان يقع الحلق في يوم النحر واما الثاني فانه لا يتوقف على اداء الافعال فيجوز تقديمها لعدم الضرورة الداعية الى التوقيت بيوم النحر وما نحن فيه من الثاني فكان قياسه على الاول قياسا مع الفارق وهو باطل قال صاحب الاسرار قال الله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي غير اشتراط زمان فاشتراطه بالقياس نسخ قال

والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة • المحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة فكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والحديث عام في المحصر الذي فاته الحج بفوات وقت الوقوف وبفواته بالاحصار لان كل واحد منهما قد فاته عرفة فقلنا بوجوب العمرة واما الحجة فلانه يجب قضاء لحجة الشروع فيها فان قيل العمرة في فائت الحج للتحلل والتحلل ههنا حاصل بالهدي فلا حاجة الى ايجاب العمرة قلت هذا راي في مقابلة النص لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول حسبكم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان حبس احدكم عن البيت طاف بالبيت وبالصفا والمروة ثم حل من كل شيء حتى يحج عاما قابلا وقوله وعلى المحصر بالعمرة القضاء يدل على ان الاحصار عن العمرة متصور وقال مالك هو غير متحقق في العمرة لانها لا تتوقت ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضوان الله عليهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا وصح في كتب الحديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احصر وابا العمرة بالحديبية فقضوها من قابل وكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل مشروع لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج وواحدة منهما فلما بينا

يعني

يعني في المفرد من كونه بمعنى فائت الحج واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها وقوله فان بعث القارن هديا قال صاحب النهاية ذكر القارن ههنا وقع غلطا ظاهرا من الناسخ فالصواب ان يقال فان بعث المحصر وبيان الغلط من وجهين احدهما انه ذكر فان بعث القارن هديا وجب على القارن بعث الهديين فانه لا يحل بالواحد لانه ذكر قبل هذا الباب فان كان قارنا بعث بدمين والثاني ان المصنف جمع بين روايتي القدوري والجامع الصغير وهذه المسئلة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالحج واقول لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد تغيير النظم فقال فان بعث القارن هديا والهدي اسم لما يهدى الى الحرم سواء كان ذلك دمين او دما واحدا او بدنا وكان ذكر ان الواجب عليه دمان وهما هدي القارن فكانه قال فان بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ولا هو غلط في الكلام ولا من الناسخ بل ربما لو قال فان بعث المحصر كان تلبيسا في حق القارن ولو قال هديين كان غير فصيح لانه اسم جنس ما يهدى فلا يثنى الا اذا قصد الانواع وليس بمقصود او العدد وذلك معلوم بما تقدم فلهذا قال فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار ثم ان ههنا وجوها اربعة بحسب القسمة العقلية لانه اما ان لا يدرك الحج والهدي او يدركهما او يدرك الهدي دون الحج او بالعكس والكل مذكور في الكتاب ففي الوجه الاول لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة فله ذلك لانه فائت الحج فان قيل اذا كان في معنى فائت الحج وجب ان يؤمر بالتوجه والتحلل بالطواف والسعي كما في فائت الحج اجيب بان الطواف والسعي في حق فائت الحج غير مقصود لعينه ولكن المقصود هو التحلل وهذا المقصود يحصل له بالهدي الذي بعثه لينحر عنه فله ان يقتصر بذلك لئلا يقضي العمرة وله ان يتوجه بلا لزوم قضاء العمرة وفي الوجه الثاني يلزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف كالمكفر بالصوم اذا ايسر قبل اتمام الكفارة به واذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وفي الوجه الثالث يتحلل لعجزه عن الاصل وفي الوجه الرابع جاز له التحلل وهذا التقسيم يعني الوجه الرابع لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وحرمة المال كحرمة النفس يعني كما ان خوف النفس كان عذرا له في التحلل فكذلك الخوف على ماله لكن الافضل ان يتوجه فان قلت هذا الذي ذكره المصنف ان حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما قال فخر الاسلام والاصوليون ان حرمة النفس فوق حرمة المال لجواز ان يكون وقاية للنفس فاذا اكره بالقتل على اتلاف مال غيره جاز الاقدام عليه فالجواب ان حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة لانه مملوك مبتذل فاني يماثل المالك المبتذل ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون اتلافه ظلما قبيحا مع عصمة صاحبه والى هذا اشار المصنف بكاف التشبيه فان المشابهة بين الشيئين لا يقتضي اتحادهما من جميع الجهات والا لارتفع التشبيه وقوله وله الخيار يعني على وجه الاستحسان لما جاز له التحلل كان له الخيار ان شاء صبر الى ان يذبح عنه الهدي في الميعاد فيتحلل وان شاء توجه لاداء النسك الذي التزم وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لان منشأ حكم الاحصار خوف الفوات وقد وقع الامن عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه لكنه محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة وعليه عند ابي حنيفة اربعة دماء دم لترك الوقوف بالمزدلفة ودم لترك الجمار ودم لتاخير الطواف ودم لتاخير الحلق وعندهما ليس عليه لتاخير الطواف والحلق شيء فان قيل قد تقدم ان اركان ما بعد الاحرام يثبت حكم الاحصار كما في احصار العمرة وههنا قد اذا دامت تلبست كذلك اجيب بانه متمكن من التحلل بالحلق الا في حق النساء وانكان يلزمه بعض الدماء فلا يتحقق العذر المحوج للتحلل وقوله ومن احصر بمكة ظاهر وقوله فلما بينا يعني قوله ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا وقوله وقد قيل في هذه المسئلة يعني قوله ومن احصر بمكة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو ما ذكره علي بن الجعد عن ابي يوسف رحمهما الله قال سألت ابا حنيفة عن المحرم يحصر في الحرم فقال لا يكون محصرا فقلت اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار الحرب فاما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها

في هدام

قال أبو يوسف وأما أنا فأقول إذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال المصنف والصحيح
من المذهب أن الممنوع عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق أصحابنا وإذا قدر على أحدهما لا يكون محصرا
وهو معنى قوله ما علمك من أن تتصل

باب الفوات

معنى الإحصار من الفوات
لأن ذلك بمنزلة المفرد من المركب لأن الإحصار إحرام بلا أداء وفي الفوات إحرام وأداء فلا جرم أخره قوله
ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف ظاهر وقوله ولأن الإحرام بعدما انعقد صحيحا أي نافذا لازما لا يرتفع برافع فقوله
احترازا عن إحرام العبد بغير إذن المولى وإحرام المرأة في التطوع بغير إذن الزوج فإن للمولى والزوج أن
يحللاهما وليس باحتراز عن الإحرام الفاسد كما إذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة أو أحرم مجامعا فإن حكمه حكم
الصحيح وقوله لا طريق للخروج عنه إلا بأداء النسك منقوض بالمحصر فإن الهدي طريق له للخروج عنه كما تقدم وأجيب
بأنه بنى الكلام على ما هو الوضع ومسألة الإحصار من العوارض ثبتت بالنص على خلاف القياس وقوله كما في الإحرام
المبهم أن المبهم من النسكين الحج والعمرة بأن أبهم في الإحرام وقال لبيك اللهم لبيك ولم يعين حجة ولا عمرة ولم ينو بقلبه شيئا
فإنه يصح إحرامه ولا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين لكنه يتعين في المتيقن وهو العمرة لأنها أقل أفعالا وأيسر مؤنة
وههنا عجز عن الحج لفوات ركنه الأعظم فتعين عليه العمرة فكانت المناسبة بين الإحرام المبهم وبين ما نحن فيه الخروج عن الإحرام
بأفعال العمرة وقوله ولا دم عليه يعني عندنا خلافا للشافعي فإنه يوجب الدم عليه قياسا على المحصر وقلنا التحلل وقع بأفعال
العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا يقاس أحدهما على الآخر لأن كل واحد منهما قادر
وعاجز على ما يعجز عنه الآخر وعما يقدر عليه وقوله والعمرة لا تفوت أي لأنها غير موقتة وهي جائزة في جميع السنة بدليل على
جوازها في أشهر الحج وقد اختلف السلف في ذلك وكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها ويقول للحج في الأشهر والعمرة في غيرها
أكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها بلا كراهة بدليل ما روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه اعتمر في ذي القعدة أربع عمر إلا التي اعتمر مع حجته وأما كراهتها في الأيام الخمسة فهي مذهبنا وقال الشافعي لا يكره
وما ذكره في الكتاب ظاهر قوله والأظهر من المذهب ما ذكرنا يعني كراهة العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده
وقوله والعمرة سنة أي سنة مؤكدة وقوله ولأنها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه أمارة النفلية
استشكل بالإيمان وصلاة الجنازة فإنهما فرضان وليسا موقتين وبالصوم فإنه يتأدى بنية غيره وهو فرض وأجيب
بأنا قلنا إن كل ما هو غير موقت ونعني بذلك ما هو غير موقت بوقت معين من أوقات العمر إذا وقع فيه انتفى الفرضية
والإيمان فرض دائم فلا يرد نقضا وصلاة الجنازة موقتة بوقت حضورها وأن الكلام فيما يكون غير موقت وصوم رمضان ليس
كذلك وأقول منشأ هذا الإشكال أنه قول من كلام المصنف فإنه جعل مجموع قوله لأنها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية
غيرها أمارة واحدة وأشار إلى ذلك بقوله وهذه أمارة النفلية وحينئذ لا يرد عليه ذلك أما الإيمان فلأنه لا يتأدى بنية غيره حتى يتأدى
بنيته إذ هو لا يتنوع إلى فرض ونفل وكذلك صلاة الجنازة وأما صوم رمضان فلأنه موقت بوقت معين وقوله وتأويل
ما رويناه يعني قوله عليه السلام العمرة فريضة أنها مقدرة بأفعال الحج أو لا تثبت الفرضية مع التعارض
في الآثار فإن ما روي يدل على الفرضية وما رويناه على كونها سنة وإذا تعارضت الآثار لا تثبت الفرضية لأنها لا تثبت
إلا بدليل مقطوع به فإن قيل هو ثابت بقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله عطف العمرة على الحج والحج فريضة وأمر بالإتمام
والأمر للوجوب أجيب بأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والأمر إنما هو بالإتمام والإتمام إنما يكون بعد
الشروع ونحن نقول به وإن كانت في الابتداء سنة وقوله وهي الطواف والسعي ظاهر

باب الحج عن الغير

لما كان الأصل في التصرفات أن يقع عمن يصدر منه كان الحج عن الغير خليقا بأن يؤخر
في باب على حدة واعلم أن من صلى أو صام أو تصدق وجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند أهل السنة والجماعة وقال بعض أهل
العلم لا يجوز لقوله تعالى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى وهذا ليس من سعيه ولأن الثواب هو الجنة وليس لأحد تمليكها الغير
لأنه ليس بمالك لها وقلنا لما جعله سعيه للغير صار سعيه لذلك الغير وله ولاية أن يصير ساعيا لغيره وأن يجعل الجنة

للجنة

للجنة لغيره وإذا ظهر هذا فقوله الأصل في هذا أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله إشارة إلى أن ثواب الحج للآمر وعند محمد
المأمور كذلك وأما نفس الحج هل يقع عن الآمر أو عن المأمور فسنذكره بعيد هذا أما هو ظاهر الرواية وقوله بكبشين
أملحين فيه ملح وهي بياض يتخلله شعرات سود وهي من لون الملح ولونه كلامه واضح وقوله في حالتي الاختيار والضرورة
أي حالة القدرة والعجز وهو المرض لحصول المقصود وهو إيصال النفع إلى الفقراء وقوله لا تحصل به أي بفعل النائب وقوله
وهي المشقة بتنقيص المال يعني أن المراد كالحجة المشقة عند فعله بنفسه تحصل أيضا عند فعل غيره إذا كان من ماله
والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر وما هو كذلك لا يتعين بوقت معين وكلتا المقدمتين
ظاهرة فالحج لا يتعين بوقت معين فإن لم يكن العجز دائما وقد أحج عن نفسه ثم زال عنه العجز كان قادرا على أدائه
في وقته وذلك يبطل النيابة فإن قيل القدرة على الأصل يبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف وقد حصل
المقصود بالخلف وحصول المشقة بتنقيص المال فالجواب أنا لم نسلك في هذه المسألة مسلك الأصل والخلف وإنما
قلنا بأن الحج مركب من أمرين أحدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها فعملنا بأحدهما عند القدرة فلم نجوز النيابة وبالآخر
عند العجز فجوزناها لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائما لما مر واعترض بأن كونه وظيفة العمر لا يصلح
دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه فإنه شرط لجواز الفدية للشيخ الفاني عن الصوم والصوم ليس وظيفة
العمر والجواب أن الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس فكلما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ولا يلزم أن
كل ما يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر وقوله وفي الحج النفل تجوز الإنابة ظاهر وقوله ظاهر المذهب أن
الحج يقع عن المحجوج عنه يعني الآمر وبذلك تشهد الأخبار الواردة في هذا الباب فإنه صلى الله عليه وسلم قال للخثعمية
حين قالت إن أبي شيخ كبير لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة فتجزيني أن أحج عنه حجي عن أبيك واعتمري وعن محمد أن الحج
يقع عن الحاج يعني المأمور وللآمر ثواب النفقة وصار إنفاق المأمور كإنفاق الآمر بنفسه ولكن يسقط أصل
الحج عن الآمر لأنه عبادة بدنية حصل العجز عن فعله وكل ما كان كذلك قام الإنفاق فيه مقام الفعل كما في الشيخ الفاني
فإنه لما عجز عن الصوم قام الفدية مقام الصوم فإن قيل الفدية ثبتت بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليها
غيرها فالجواب أنه يلحق بها بطريق الدلالة فإن الإنفاق إذا قام مقام الصوم وهو عبادة بدنية محضة فلأن
يقوم مقام ما هو مركب من البدني والمالي أولى قال شيخ الإسلام وإلى هذا القول مال عامة المتأخرين رحمهم الله
قال ومن أمره رجلان صورة المسألة ظاهرة وذهب الشارحون إلى أن الدليل غير مطابق
للمدلول لأن المدلول قوله فهي أي الحجة عن الحاج ويضمن النفقة ودليله لأن الحج يقع عن الآمر ولا مطابقة بينهما
كما ترى ثم قال صاحب النهاية ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لأنه
خالفهما وإنما لا يضمن النفقة إذا وافق أمر الآمر لأن الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام
وههنا قد خالف فلا يقع الحاج عن الحج عن الآمر بل يقع عن المأمور فكان هذا التعليل تعليلا لما إذا وقع الحج
عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المأمور للآمر وتابعه على ذلك بعض الشارحين ولا أحال ذلك من
مقصود المصنف لأنه قال بعد هذا ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه فلو كان
ذلك مراده كان هذا مستدركا وقال بعضهم ذلك فيه إقدام الشارحين حيث لم يفهموا كلام المصنف وقالوا
لا مطابقة بين الدليل والمدلول ولا يوافق التعليل المدعى ونقل تقدير الكلام كما قلنا ثم قال ولو قالوا ليس
الأمر كما ظنوا ولو سكتوا في هذا الموضع لكان أولى بل المطابقة حاصلة بين الدليل والمدلول بأن نقول لأنه هي عن
الحاج أي الحج يقع عن الحاج وهو المأمور ويضمن النفقة لكل واحد منهما إن أنفق من مالهما لأن الحج المؤدى في
هذه يقع عن الآمر من وجه بدليل أن الحاج لا يخرج عن حجة الإسلام ولكن كل واحد من الآمرين أمره بأن يخلص له الحج
ولم يأمره بالاشتراك فلما نوى عنهما جميعا خالف الأمر فوقع الحج عن الحاج وضمن النفقة لوجود المخالفة
هذا كلامه وكلا أزيد على الحكاية فليتأمل فيه وأقول بتوفيق الله في تقرير كلامه الحج يقع عن الآمر على ظاهر

الآمر وابنه حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن ههنا ايقاعه عن الآمر لان الآمر مخصصان كل منهما امره ان يخلص
الحج له من غير اشتراك وليس احدهما اولى من الآخر فلا يقع عنهما ولا عن احدهما فيقع عن المامور ولكن في كلامه اغلاق
كما لا يخفى وهذا التعليل لقوله فيقع عن الحاج واما تعليل قوله ويضمن النفقة فمذكور بقوله هذا فان قيل اذا وقع
عن الحاج فليجعل عن ايهما شاء كما اذا اهل عن ابويه فان له ان يجعل عن ايهما شاء اجاب بقوله ولا يمكنه ان
يجعله عن احدهما بعد ذلك اي بعد ما وقع لنفسه وبيّنه في الكتاب وهو واضح وقوله وان ابهم الاحرام بان
وقوله لان المبهم هنا كالمجهول معناه ان جهالة المبهم غير مانعة عن وجوب التعيين واما جهالة من له الحق
فهي مانعة الا ترى ان الاقرار للمجهول بالمعلوم جائز دون عكسه وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى
الافعال لا مقصودا لذاته والمبهم يصلح وسيلة بتعيينه على وقت الاداء وهو اشهر الحج فاكتفى به اي بالاحرام المبهم من حيث شرط
لان الشروط تراعى وجودها كيف ما كان الا ترى انه اذا توضأ للتبرد جاز له ان يصلي به وحاصله ان المقصود
الاصلي هو اداء الافعال والتعيين في ابتدائه ممكن لانه يقع على ما عيّن لا على الابهام بخلاف ما اذا ادى
عين فانه يقع على الابهام ابتداء ثم ان التعيين يرد على ما مضى وانمحى فلا يفيد شيئا **قال** فان امر غيره
ان يقرن عنه فالدم على من احرم رجل امر رجلا ان يقرن عنه بضم الراء فيفعل فالدم على المامور لانه وجب شكرا
لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل صدرت منه وهذه المسألة
تشهد بصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المامور وفيه نظر لجواز ان يكون الماخذ في كون الدم واجبا على المامور
كونه نسكا كسائر المناسك وسائر المناسك على المامور فكذا هذا لا لكونه شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين
لانه مشترك الالزام من حيث انه لو كان كذلك لوجب على الآمر لانه هو المنتفع بمنفعة القران لسقوط حجة الاسلام
عن ذمته مع فضيلة القران وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم
عليه لما قلنا يعني قوله لانه وجب شكرا الى آخره وانما قيد بقوله واذنا له بالقران لانه اذا لم ياذنا له بذلك لا يجوز
له ان يجمع بينهما لاحدهما فلو قرن كان مخالفا واعترض بانه جعل جزاء الشرط **قوله** فالدم عليه ووجوبه عليه
ليس بمقيد باذنهما فانه لو قرن بغير اذنهما فالدم واجب عليه ايضا وبانه اذا خالف عند عدم الاذن خالف الى ما
هو خير وهو القران لانه افضل عندنا والمخالفة الى خير غير ضائر واجيب بانه اذا اذنا له بذلك كان مما يتوهم انه
مرضي فيكون عليهما بخلاف ما اذا لم ياذنا فازال التوهم بقوله واذنا له بالقران وبان خيرية القران انما هو بالنسبة
الى الجامع بين النسكين لا الى الآمر ولهذا اذا كان مامورا بالحج وقرن عنه عده ابو حنيفة مخالفا ولم يجيزا ذلك ودم الاحصار
على الآمر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف على الحاج ووجههما على ما ذكر في الكتاب واضح واعترض على
ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة بان الآمر اذا امر بالقران هو الذي ادخل المامور في عهدة الدم ولا يجب عليه
واجيب بان دم القران نسك وقد وقع الامر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك وهو من جملتها بخلاف دم الاحصار
فانه ليس بنسك ولم يكن معلوما عند الامر ايضا وقوله لانه صلة الصلة عبارة عن اداء مال لا يكون في مقابلته عوض
مالي **وقوله** وغيرها يعني النذور والكفارات وقوله لانه وجب حقا للمامور يعني بادخال الامر في هذه العهدة دينا
على الميت والدين محله جميع المال وقوله لان الصحيح هو المامور به اي الحج الصحيح هو المامور به دون الفاسد فاذا افسده
لم يقع مامورا به فكان واقعا عن المامور فيضمن ما انفق على حجه من مال غيره ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة
لا يسقط به حج الميت لانه لما خالف في السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا عن المامور والحج الذي ياتي به في السنة
القابلة قضاء لذلك الحج فكان واقعا عن المامور ايضا وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار واعلم
ان الدماء ثلاثة انواع دم نسك كدم القران والتمتع ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ودم مؤنة كدم الاحصار فالذي للنسك
كل دم يلزم الحاج يعني الحاج عن الغير فهو عليه في ماله لانه ان كان نسكا فاقامة المناسك عليه وان كان جناية فالجناية وجدت منه
وان كان دما بترك واجب وهو الذي ترك ما كان واجبا فلهذا الانسان هذه الدماء عليه الا دم الاحصار فانه في مال الآمر في قول

ابي حنيفة

ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وهو الجاني عن اختيار **قال** ومن اوصى بان يحج عنه
صورة هذه المسألة رجل له اربعة آلاف درهم اوصى بان يحج عنه فمات وكان مقدار الحج الف درهم فدفعها الوصي الى من
يحج عنه فسرق في الطريق قال ابو حنيفة رحمه الله يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث
ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم
وان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف التي دفعها اولا بطلت الوصية وان بقي مما
يحج به لا غير لان تعيين الوصي كتعيين الموصي لكونه نائبا عنه ولو افرزها الموصي ثم هلكت بطلت الوصية فكذلك
هذا ولابي يوسف ان الوصية محل نفاذها الثلث ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله لا يصح الا بالتسليم الى الوجه
الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه الذي سماه الموصي فصار كما اذا هلك
قبل الافراز والعزل وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذا في هذا هذا اما يتعلق بما يحج به واما ما يتعلق بما يحج عنه من
المكان فعلى الاختلاف المذكور في الكتاب وهو ايضا واضح واعترض بان الحديث الذي استدل به لابي حنيفة ظاهره
متروك لانه يقتضي ان يكون غير هذه الثلثة من الاعمال منقطعا وليس كذلك لانه يثاب عليها وما هو كذلك
لا يكون منقطعا واجيب بان الاعمال كلها على ثلثة انواع اعمال عملها فمضت واعمال لم يشرع فيها بعد وثمة
واعمال شرع فيها ولم يتمها والطرفان لا يوصفان بالانقطاع اما الاول فلان الماضي لا يحتمل الانقطاع لكن يحتمل
البطلان بما يحبط ثوابه نعوذ بالله من ذلك وكذلك الثاني لانه غير موجود وهذا لان الانقطاع عبارة عن تفرق
اجزائه والماضي بجميع اجزائه لا يتصور فيه ذلك وكذلك الذي لم يوجد جميع اجزائه فتعين الذي شرع فيه ولم يتمه
واما جواب ابي حنيفة عما استدلا به من الكتاب والسنة فهو انه لا تعارض بين موجب الكتاب وموجب الخبر لان الكتاب
مسوق لحكم الآخرة والخبر لحكم الدنيا فيجوز انقطاع العمل من حيث حكم الدنيا ويبقى ثوابه من حيث حكم الآخرة
كما اذا نوى الصوم في رمضان وصامه الى نصف النهار ومات وجب عليه الايصاء بفدية صوم هذا اليوم كاملا
من حيث حكم الدنيا وان كان هو مثابا في الآخرة بقدر ما صام من ذلك اليوم وكذلك اذا ادركه الموت في خلال
الصلوة وكذا كل عمل صالح شرع فيه ولم يتمه وكذا الجواب عن الحديث الذي رويا وقال في النهاية ثم تاخير تعليلهما
عن تعليل ابي حنيفة يحتمل ان يكون قولهما مختار المصنف لما ان قولهما استحسان وقول ابي حنيفة قياس والماخوذ في
عامة الصور حكم الاستحسان **وقوله** على ما قررناه من قبل يريد به قوله لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما الى آخره

باب الهدي

لما كثر دور لفظ الهدي فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء
ومؤنة احتاج الى بيان الهدي وما يتعلق به من المسائل ولما لم يخل وجوبه عن احد هذه الاشياء اخر ذكره عن ذكر
هذه الاشياء وكلامه واضح وقوله وقد بينا المعنى فيما سبق يريد قوله بعد ذكر رواية ابن عباس رضي الله عنهما ولان
الجناية اغلظ من الحدث وقوله ولانه اعلى انواع الارتفاقات فيغلظ موجبه وقوله ويجوز الاكل من هدي التطوع يعني
للمهدي والاغنياء اذا ذبح في محله على ما نذكره واما الفقراء فيجوز لهم الاكل من جميع الهدايا وقوله وصار الدم
اي شرب وقوله ويستحب له ان ياكل منها لما لم يكن الجواز مستلزما للاستحباب ذكره ثانيا بيانا للاستحباب ولو ذكر الاستحباب
اولا استغنى عن بيان الجواز لاستلزام الاستحباب اياه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام اكل من لحم هديه وانما
انث الضمير ههنا للرجوع الى هدي المتعة والقران والتطوع وقوله وكذا يستحب ان يتصدق على ظاهره وقوله عليه السلام
لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا انما نهاهم عن الاكل لانهم كانوا اغنياء وقوله ولا يجوز ذبح هدي التطوع ظاهر ووجه الاستدلال
بقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم لان الله تعالى عطف قضاء التفث على الاكل من لحوم الانعام
التي نحرها وقضاء التفث مختص بيوم النحر فيكون النحر كذلك واعترض بان ثم للتراخي فربما يكون الذبح قبل يوم النحر
وقضاء التفث فيه واجيب بان موجب ثم في التراخي يتحقق بالتاخير ساعة فلو جاز الذبح قبل يوم النحر لكان قضاء التفث
يتقدم بساعة وليس كذلك وقوله ولانه دم نسك اي كل واحد منهما دم نسك ولهذا احل له التناول منه فيختص بالحرم

كالاضحية وقوله ويجوز ذبح بقية الهدايا اي ظاهر والفجاج جمع الفج وهو الطريق الواسع بين الجبلين وقوله ويجوز ان يتصدق
بها على مساكين الحرم وغيرهم يعني بعد ما ذبحها في الحرم وقوله ولا يجب التعريف بالهدايا اي الاتيان بها الى عرفات
وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانها وجبت لجبر النقصان كان التعريف بها اولى لانتفاء النقصان به وقوله والافضل
في البدن النحر ظاهر وقوله قياما الخ يعني اخر الجزور وكلامه في الباقي واضح وقوله نحرتها وسنان
النبيذ بالشئ به كل ما كان بين عقدين وقد تخفف وعن المبرد انه من واحد الى ثلاث والنضج الرشح والدم منه
بتحريك صدرها بكسر الصاد وقوله ومن ساق هديا فعطب ظاهر واعترض بانه لو لا يكون كالاضحية الفقير فان عينه
تطوع ومع ذلك وجب عليه اعادته اذا اصاب الشاة المشتراة للاضحية لو اشترى غيرها ثم وجد الضالة له ذبحهما
عليه ذبحهما واجيب بان ذلك فيما اوجب الفقير بلسانه على نفسه في كل واحد من الشاتين بعد ما اشتراها
للاضحية حتى لو لم يفعل كذلك لا يجب عليه شيء بمجرد الشراء للاضحية قال في فتاوى قاضيخان لو اشترى الفقير شاة
للاضحية فماتت او باعها لا يلزمه اخرى وكذا لو ضلت والعيب الكبير وهو ان يذهب اكثر من ثلث الاذن عند ابي حنيفة
وعندهما ان يذهب اكثر من نصفها والعطب بفتحتين الهلاك ومعنى عطبت البدنة اي قربت الى العطب وبهذا اخرج
الجواب عما قيل هذا وقع مكررا اما قال اولا ومن ساق هديا فعطب لان ذلك في حقيقة العطب وهذا في الاشراف
عليه والجزر بفتحتين اللحم الذي ياكله السباع وقوله على ما تقدم اشارة الى ما تقدم قبيل باب القران لقوله وتقلد
الشاة غير معتاد وليس بسنة

مسائل منثورة

من عادة المصنفين ان يذكروا في
اخر الكتاب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السابقة في فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويترجمونه بمسائل منثورة
او مسائل متفرقة او مسائل شتى او مسائل لم تدخل في الابواب وصورة المسالة ان يشهد قوم انهم راوا هلال ذي الحجة
في ليلة كان اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر وكلامه واضح لا يقبل الشرع وقوله وكذا اذا شهدوا عشية عرفة يوم
ان الشهود شهدوا في الطريق قبل ان يلحقوا بالجمع عرفات عشية عرفة وقالوا رأينا هلال ذي الحجة وهذا اليوم هو
التاسع فان كان الامام لا يلحق الوقوف في بقية الليل مع اكثر الناس لا يسمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم
لما شهدوا وقد تعذر الوقوف صاروا كانهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وان كان يلحق الوقوف مع اكثر الناس ولكن لا يلحق الضعفة
الضعفة فان وقفوا جاز وان فات الحج لانه ترك الوقوف مع العلم به والقدرة عليه لان المعتبر في ذلك الاكثر دون الاقل
ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى يعني التي تلي مسجد الخيف ثم جاء بعد الرمي في يومه فان قصد
على رمي التي تركها اجزاه لانه اتى باصل الرمي في وقته وانما ترك المسنون من الترتيب وذلك لا يوجب عليه شيئا وان اعاد
الجمار الثلاث فحسن لما فيه من مراعاة سنة الترتيب وهذا نظير ما سبق من ان الطائف اذا دخل الحطيم في طوافه لا ينبغي
له ذلك فان اعاد على الحطيم وحده اجزاه وان اعاد الطواف كله كان حسنا وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع
مرتبا ترتيبا صار به الثاني كالجزء من الاول بدليل انه اذا ترك الكل بدليل انه اذا ترك يجب دم واحد فلا يجوز التفرق
فيما بينها فصار كترك الترتيب فيها كتقديم السعي على الطواف او الابتداء بالمروة قبل الصفا بخلاف الصلوات فان
كل واحد منها قربة مقصودة بذاتها فلا يكون الترتيب بينها واجبا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها لتعلق
كل منها ببقعة على حدة والبقعة في باب الحج اصل فكان ما شرع فيه اصلا فلا يتعلق جواز البعض ببعض الا ترى انه لو اعاد
مرتبا كان مؤديا لا قاضيا بخلاف الصلوات فان التفريق فيها باطل بان من صلى بلا ترتيب صلى قبل وقتها فلا يجوز وقوله
لانه دونه اي لان السعي دون الطواف يعني احط منزلة من الطواف لان الطواف فرض كطواف الزيارة او من جنس الفرض
كطواف القدوم واما السعي فواجب على كل حال فكان دون الطواف فصلح ان يكون تابعا للطواف وقوله والمروة
عرف منتهى السعي بالنص يريد قوله عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله بذكره اراد به قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر
الله فلا يتعلق بها البداءة قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا اي ومن نذر ان يحج ماشيا وجب عليه ان لا
يركب حتى يطوف طواف الزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح وخير في الاصل يعني المبسوط بين الركوب والمشي

بعد النذر

بعد النذر لان الحج ماشيا ابلغ وراكبا افضل لكن ورد في النص على ما نذره فكان مخيرا فقوله وهذه
اشارة الى قوله لا يركب يعني رواية الجامع الصغير يقتضي ترك الركوب على سبيل الوجوب لانه
لانه اخبر عنه بصيغة النفي وهو يدل على عدم المشروعية وكان الركوب غير مشروع وهو الاصل
اي الموافق للقواعد لان من اوجب على نفسه شيئا على وجه الكمال لا يتادى ناقصا والمشي في الحج صفة
كمال قال عليه السلام من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قال كل حسنة بسبع مائة وروي

قيل ما حسنات الحرم

عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال بعد ما كف بصره ما تاسفت على شيء كتاسفي على ان لم احج ماشيا فان
الله تعالى قدم المشاة فقال ياتوك رجالا وعلى كل ضامر فصار كما اذا نذر بالصوم متتابعا لا يتادى
متفرقا واعترض بوجهين احدهما ان النذر لا يصح الا بما له نظير في المشروعات المفروضة او الواجبة
وليس للمشي نظير والثاني ان ابا حنيفة رضي الله عنه كره المشي في طريق الحج فما وجه ما ذكره في الكتاب فانه
تناقض ذلك واجيب عن الاول بان له اصلا وهو ان المكي الفقير اذا لم يملك الزاد والراحلة وامكنه
المشي الى عرفات وجب عليه الحج ماشيا وعن الثاني بان ابا حنيفة ما كره المشي مطلقا وانما كره الجمع بين الصوم
والمشي لانه اذا فعل ذلك ساء خلقه فجادل والجدال منهي عنه وقوله وافعال الحج ينتهي بطواف الزيارة
يريد بالافعال الاركان لا مطلق الافعال فان رمي الجمار وغيره من افعاله وقوله ثم قيل يعني ان المحرم
لم يذكر في شيء من الكتب من اي موضع يبتدئ واختلف المشايخ فيه فقيل يبتدئ من حين يحرم وعليه الامام فخر
الاسلام والامام العتابي وغيرهما وقيل من بيته وعليه شمس الائمة السرخسي ومال اليه المصنف وقال لان
الظاهر انه هو المراد يعني انه هو المتعارف والعرف معتبر في النذر فاذا ثبت انه واجب فلو ركب اراق دما
لانه ادخل نقصا فيه يدل على ذلك ما روي عن عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه انه جاء الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقال ان اختي نذرت ان تحج ماشية حافية فقال عليه السلام ان الله تعالى لغني عن تعذيب اختك
فلتركب ولتذبح لركوبها شاة وفي بعض الروايات ولتهرق دما وقوله قال يعني المشايخ كانه بيان التوفيق
بين رواية الاصل ورواية الجامع الصغير روى الامام فخر الاسلام عن الفقيه ابي جعفر انه قال انما يركب
اذا بعدت المسافة وشق المشي واما اذا قربت والرجل ممن تعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب وقوله ومن
باع جارية محرمة ظاهر وقوله وقد كان للبائع على ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله ان المولى
اذا اذن للعبد في الحج فليس له ان يحلله لانه اسقط حقه بالاذن فصار العبد كالحر الا ان المشتري له ان يحلله لان
الاحرام لم يقع باذنه وقوله بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع فيه جواب عن قياس زفر رحمه الله وانما لم يكن له
ان يفسخ اذا كان باذنه لما ان النكاح حق الزوج فقد تعلق حقه به باذن المالك فلا يتمكن المالك من فسخه وان بقي
ملكه لتعلق حق العبد به كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن به باذنه والمشتري قائم مقام
بعد الشرى فلذلك لا يكون له حق الفسخ ايضا واما هنا فقد اجتمع في الجارية حقان حق الله في الاحرام وحق المشتري
في الاستمتاع فقدم حق العبد لحاجته على حق الله تعالى لغناه وقوله وذكر في بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير
اي يجامعها يعني فللمشتري ان يحللها او يجامعها وباقي كلامه ظاهر وهذا اخر العبادات والله اعلم

تم الربع الاول من العناية شرح الهداية
ويليه كتاب النكاح وصلى الله
على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه وسلم
تمت
بالخير

كتاب النكاح

لما فرغ من ذكر العبادات شرع في المعاملات وابتداء من بينها بالنكاح لانه فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت في وعد من رغب عنه وترغيب من رغب فيه الآثار وما اتفق في النكاح في كلم من احكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من استجماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة واما دواعي العقل يجب ان يبقى اسمه ولا يمحى رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما اعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كان بامر الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطء ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والحل وهي امراة لم يمنع عن نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب هو الملفوظ به اولا من اي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والمحرم بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم الا بالنكاح وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه **قال** النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرت معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سياتي وقوله يعبر بهما اي يلفظ ويبين لان التعبير البيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون اي تبينون وانما اختير لفظ الماضي للانشاء وهو الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه او لا تطابقه لذلك على التحقيق والثبوت فكان ادل على قضاء الحاجة **وقوله** على ما نبينه يعني في اول فصل الوكالة في النكاح وينعقد بلفظ النكاح بيان الالفاظ ينعقد بها النكاح وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظة النكاح والتزويج لانه ان انعقد بغيره مثل التمليك والتزويج مترادفين ولم يكن كذلك اذ التمليك يفيد نكاحا ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج التلفيق يقال لفقت بين ثوبين ولفقت احداهما بالاخرى اذا لامت بينهما بالخياطة والنكاح الضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالكية والمملوكية اصلا فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها يعني ان تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادفت محل المتعة لا انضمامه اليه وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وقد يقول في محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست محلا لملك المتعة واعترض بان ملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح واجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث الوطء لاحالة بل من حيث ابطال صرف مالكية لها في مواجب النكاح من طلب القسم والنفقة والسكنى والمنع عن العزل وحينئذ لا منافاة بين ما يثبته وبينه فجازت الاستعارة **وقوله** وينعقد بلفظ البيع يعني بان تقول المراة بعتك نفسي او قال ابوها بعتك ابنتي بكذا او بكذا بلفظ الشرى بان قال الرجل لامراة اشتريتك بكذا فاجابت بنعم اشار اليه محمد في كتاب الحدود وقوله هو الصحيح احترازا عما ذكر الاعمش انه

ينعقد

لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح وجود طريق المجاز وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي انه ينعقد بها لان المستوفي بالنكاح منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فآتوهن اجورهن وذلك دليل على جواز الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد شرعا الا موقتة والنكاح لا ينعقد الا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة وقال المصنف لانه ليس بسبب لملك المتعة لعدم افضائها اليه ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا يعني قوله ليست بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال لا يوجب ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك المبيح ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وانما ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول اما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود واعترض بان خبر الواحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره من الآيات به واجاب الامام فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو امر الشاهدين ان لا يظهروا العقد لم يظهر يصح لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب ان الاعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة من باب الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما تنعقد بشهادة المحدود في القذف فلينعقد بشهادة العبد بان ذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحالة واجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا وانما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المصنف لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعني انه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مر انه ليس المراد به الاداء حتى تكون الولاية شرطا والجواب انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين انما كان تعظيما ولا تعظيم للشيء بسبب حضور الكفار ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين خلافا للشافعي ووعد المصنف ببيان ذلك في الشهادات ونحن نبينه ثم ان شاء الله تعالى وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي هو يقول الشهادة من الكرامة لانه في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة والفاسق من اهل الاهانة لجريمته ودليله يتم بان يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لان له ان يزوج نفسه وعبده وامته ويتصرف بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره وكل من هو من اهل الولاية فهو من اهل الشهادة لان الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة ولا نسلم ان من كان من اهل الولاية يعني لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لا سلامه لم يحرم على غيره لانه من جنسه كما ان اهل الذمة لهم ولاية على انفسهم فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على ان الفسق لا يخرج المرء من اهلية الشهادة على الاداء وفيه الالزام فلان لا يخرج عنها على الانعقاد ولا الزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين قل ما يخلو واحد منهم من فسق فصلح مقلدا اي قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم منه ان تكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضاء وقد ذكر في كتاب ادب القاضي ان اهلية القضاء مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالواو وكان احسن لا يقال يجوز ان يكون مرتبا على معلومية الترتيب للاوان اهلية السلطنة ليست مستفادة من اهلية الشهادة لان علته كذلك والجواب ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي اعم

ضررًا فلان لا يمنع عن ولاية عام الضرر أو خاصة أولى والترتيب على هذا الوجه غير خافي الصحة ولو قال الفاسق
من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لأنه لا إلزام فيه وكانت الولاية قاصرة لكان
أسهل تأتيا وينعقد بحضور المحدودين في القذف لأنه من أهل الولاية على ما مر فيكون من أهل الشهادة تحملا لا أداء
فإن قلت النكتة المذكورة في الفاسق أولا يقتضي أن يكون للمحدود في القذف شهادة متعدية ولو لم تكن فكانت شهادته
منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع **قال** وإنما الفائت ثمرة الأداء بالنهي لجنايته ولا يبالي بفواته كما في شهادة
العميان معتذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في قذف بعدما كان من أهل الولاية كالفاسق ويجوز أن يكون جوابا عن
السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق الذي ذكرته اتفاق الطريق الذي في الفاسق أسهل مأخذا **قال** وإن تزوج
مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز ۝ وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد
وزفر لا يجوز لأن السماع أي سماع كلام العاقدين من الإيجاب والقبول في النكاح شهادة وهذا ظاهر لأنا لا نريد بالـ
الشهادة على النكاح إلا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق فكأنهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما أن الشـ
شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك عليها وتركيب الحجة هكذا الشهادة في النكاح شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها
وكلما شرطت على اعتبار إثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها وبين المصنف المقدمة
الأولى بقوله لورودها على محل ذي خطر وتقريره أن الشهادة في النكاح حال الانعقاد إما أن يكون لإثبات ملك المتعة
عليها إبانة لخطر المحل أو لإثبات ملك المهر عليه والثاني منتف لأن المهر مال ولا يجب الإشهاد على لزوم المال أصلا وأما
المقدمة الثانية فلأنا قد علمنا بالاستقراء أنه لا يشترط شيء في إثبات ملك المتعة عليها إلا الشهادة فإن الولي ليس بشرط
عندنا وإذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين وشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة
قوله بخلاف ما إذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر وتقريره الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد
بكلاميهما فإذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد ومن أمر رجلا أن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة رجل
واحد ولا يخلو إما أن يكون الأب حاضرا أو غائبا فإن كان حاضرا جاز النكاح لأن الأب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل
شاهدا لأن المجلس متحد فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الآمر حكما لكون الوكيل في باب النكاح
سفيرا ومعبرا وإن كان غائبا لم يجز لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال
في النهاية هذا التكلف غير محتاج إليه في المسألة الأولى لأن الأب يصلح أن يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة إلى نقل
المباشرة من المأمور إلى الآمر حكما وإنما يحتاج إليه في المسألة الأخيرة وهي ما إذا زوج ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد
فإن كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الأب إليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها وإن كانت غائبة لم يجز لأن النقل
إنما يقدر أن لو تصور حقيقة وأقول أرى أنه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج إلى ذلك التكلف وذلك لأن الأب
إذا كان حاضرا فالأصل أن يكون شاهدا في نكاح أمره لأن الوكيل سفير ومعبر وكان الأب هو المزوج ولا يجوز
أن يكون المزوج شاهدا وإذا انتقل إليه المباشرة أيضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز أن يكون الوكيل شاهدا
وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا وكل رجلا أن يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فإنه
لا يجوز مع إمكان جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند
حضرة العبد مع رجل آخر فإنه يجوز وأجيب بأن العبد لم يكن موكلا حتى ينتقل مباشرة الوكيل إليه ويبقى شاهدا فبقي
الوكيل على حاله مزوجا بخلاف ما إذا باشره المولى بحضرة العبد فإن العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى
شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين لأن المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف ينتقل مباشرته إليه لأن العقد
لما كان له بمنزلة الموكل بخلاف ما إذا كان العبد غائبا لعدم إمكانه مباشرا لما قلنا أن النقل إنما يقدر أن لو تصور حقيقة

فصل في بيان المحرمات

لما كانت من بنات آدم من أخرجها الله تعالى عن محلية النكاح بالنسبة إلى بعض بني آدم احتاج إلى ذكرها في فصل على حدة

واسباب

وأسباب حرمتهن متنوعة إلى تسعة أنواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الأمة وقيام حق
الغير من نكاح أو عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلاث وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل أن يتزوج بأمه
ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم ودلالته على حرمة الأم ظاهرة وأما على حرمة
الجدة فباعتبار أن الأم في اللغة هي الأصل يقال لمكة أم القرى فيكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمهما لغة لا
باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز أو ثبتت حرمتهن بالإجماع وهذان المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية
أيضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والأخت وبناتها وبنات الأخ وبنات الأخت والعمات والخالات
متفرقة كن أو غيرها تناولها النص بحجة عموم الاسم هذا ما يتعلق بالقرابة ويحرم أم امرأته التي كانت
مدخولا بها أو لم يكن لقوله تعالى وأمهات نسائكم من غير قيد بالدخول ويحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت
قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ولم يكن كونها في الحجر شرطا قال المصنف لأن
ذكر الحجر في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة فإن العادة أن تكون البنات في حجر زوج أمها
غالبا أي في تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الإحلال بنفي الدخول ولم
يشترط نفي الدخول مع نفي الحجرية لم يقل فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم فإن الإباحة تتعلق بضد
ما يتعلق به الحرمة واعترض بأنه يجوز أن تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر
تنتفي الحرمة بانتفاء أحدهما لأن التي ينتفي بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول دليلا على
أن الحرمة غير متعلقة بالحجر وأجيب بأن العادة في مثله نفي الوصفين جميعا أو نفي العلة مطلقا لا نفي أحدهما
والسكوت عن الآخر لا يقال لا يجري حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لأنه لم يوجد
فيه الجنسية أو لم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس أو يقال لم يوجد علة الربوا وليس بقوي
ويحرم امرأة أبيه وأجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فإن دلالته على الأب ظاهرة وعلى الجد بأحد الطريقين
إما أن يكون المراد بالآباء الأصول فيتناول الآباء الأجداد كما يتناول الأم الجدات وإما بالإجماع وأما المراد بالنكاح
إن كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالإجماع وإن كان المراد به العقد فالوطء ثابت بطريق الأولى ويحرم امرأة
الابن نسبا ورضاعا وبني أولاده لقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم فحليلة الابن وهي الزوجة حرام على
الأب سواء دخل بها الابن أو لم يدخل لإطلاق النص عن الدخول وأما حليلة ابن الابن فباعتبار أن المراد بالابن هو
الفرع وكأنه قال وحلائل أبنائكم أي فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن وابن البنت بعمومه أو بالإجماع فإن قيل
قوله تعالى من أصلابكم ينافي ذلك أجاب بأن ذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاع
والدليل على ذلك أن النبي تبنى زيد بن حارثة بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقصته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد
بن حارثة ثم تزوج زينب بعدما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا إنه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبني بقوله
ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة ويحرم أم الرجل من الرضاعة وأخته
لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب هذا ما يتعلق بالرضاع ويحرم أن يجمع الرجل بين الأختين بنكاح أو بملك يمين لقوله تعالى وأن تجمعوا
بين الأختين على الإطلاق ويسري حكمها إلى كل امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا حرمت الأخرى عليها لعلة قطيعة
الرحم سواء كان في النسب أو الرضاع ومن له أمة فتزوج أختها جاز سواء كان وطئ الأمة أو لم يطأها هذا لأنه
صدر من أهله وهو واقع مضاف إلى محله لأن الأخت المملوكة وطؤها من باب الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الأخت ثم
إن كان وطئ الأمة لا يطأها بعد ذلك وإن لم يطأ المنكوحة بعد لأن المنكوحة موطوءة حكما فوطء الأمة يكون
جمعا بين الأختين بوطء إحداهما حقيقة والأخرى حكما واعترض عليه بأن النكاح لو كان قائما مقام الوطء حتى يصير

المنكوحة موطوءة حكماً وجب أن لا يجوز وهذا النكاح ليلا يصير جامعاً بينهما وطياً كما قال به مالك واجيب بان نفس النكاح ليس بوطي حتى يصير به جامعاً بينهما وانما يصير وطياً بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطي فلا يكون وطي الامة ما نعاً عن النكاح ولا يطا المنكوحة ايضاً للجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج لان ذلك الوطي قائم حكماً حتى لو اراد ان يبيع ينبغي له الاستبرا فيصير جامعاً بينهما وطياً حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطي لان المعنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكماً الا ترى انه يجوز له تزوجها ان بعنا ما فيحل له ان يطأ المنكوحة حينئذ لعدم الجمع وان لم يكن وطي المملوكة جاز له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطياً اذ المرقوقة ليست موطوءة حكماً فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما قيد بعقدتين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا يستحقان شيئاً من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية وقوله لان نكاح احدهما باطل بيقين يعني من كانت اخرى في الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولية ولا الى التنفيذ يعني الى تنفيذ الحكم بصحة النكاح في احداهما بعينها لعدم الفائدة وهي حل القربان للزوج لانه لا يجتمع مع الجهالة او الضرر يعني في حقها لان كل واحدة منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان لرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن بعينها فنسيها فانه يؤمر بالبيان ولا تفرق واجيب بان الفارق تمكن الزوج من دعوى تلك منها باعيانها لان نكاح كل واحدة منهما كان ثابتاً بيقين وليس فيما نحن فيه من نكاحهما كذلك فلا يمكن من دعوى النكاح في احداهما تمسكا باليقين فتفرق بينهما وقوله ولهما نصف المهر يعني بينهما نصفان لانه وجب للاولى منهما اما انه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى وتقرير كلامه المهر للاولى منهما لما قلنا وليس احديهما بكونها اولى اولى من الاخرى فينصرف اليهما **وقوله** وقيل لانه مرد دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى واما اذا قالتا لا ندري اي النكاح كان اولا لا يقضي لهما بشيء حتى يصطلحا لان الحق للمجهولة فلا بد من الدعوى او الاصطلاح ليقضي لهما وصورة الاصطلاح ان يقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي **قال** ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها • ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على ابنة اخيها رواه ابن عباس وجابر كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابن عمرو وابو سعيد وعبد الله بن عمرو وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى الاشعري وسمرة ابن جندب وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فائدة التكرار بطرق واحد بصفتين مختلفتين في موضع فان المراد من قوله لا تنكح المراة على عمتها هو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المراة وبين عمتها هو عين جمع المراة بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين المراة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان تمام الاية الشرعي قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال وللقايل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم عام وهذا الحديث يخصصه سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا اولا وليس بمعلومة ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اعم فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما انه يطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فجاز ان ينسخ بخبر مشهور ما تناوله فيما ذكرناه ولا بد من مطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المرة الحد ان لم يتعين

ان كانت القواعد الاصولية على ذكر منك وقوله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كانت فيه لان الجمع بين المراة وعمتها انما حرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وموجود فيما نحن فيه ولا عليك ان تجعله ثابتاً بدلالة قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين كما قدمنا وهو اولى وقوله ولو كانت الحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع الحديث وقوله ولا باس بان يجمع بين امراة ظاهر وليس في المبسوط قوله زوجها الى ابن ابي ليلى وقوله والشرط ان يتصور ذلك من كل جانب يعني كما كان في الاختين لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل وقد صح ان عبد الله بن جعفر جمع بين امراة علي وبنته وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع **قال** ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وبنتها • ولما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة اولا وذكر الخلاف قال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا تنال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه ولنا ان الوطي سبب الجزئية وتقريره الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام اما الولد جزء من هو منه فلان سبب الحرمة موجود وهو الوطي فانه سبب للحرمة بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كما يقال ابن فلان وابن فلانة فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وتصير اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المراة الموطوءة لانها حينئذ جزء الواطي اجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانها لو قيل بحرمتها لم يحل امراة بعدما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان ادم عليه السلام قد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثنا موضع الضرورة وهي امراته **قال** والوطي محرم من حيث انه سبب الولد جواب عن قوله المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور وبيانه ان الوطي ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا يقال ولد عصيان او عدوان والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم وقوله ومن مسته امراة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطي في اثبات الحرمة كالوطي بسببه اثباتها قال الفقيه ابو الليث تاويل المسئلة اذا صدق الرجل المراة انها مسته عن شهوة ولو كذبها لم يقع في اكبر رايه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا يحرم عليه امها وبناتها فان قيل ذكر مسئلة الدواعي تكرار لان نفس الوطي الحرام اذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلان لا يوجبها دواعيه اولى اجيب بانه انما كانت تكراراً ان لو كانت مصورة في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال مثل ان مست امة مولاها كذلك غيرانا لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي في شمول العدم له وفي الحلال لما ذكر في الكتاب ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي والسبب الداعي الى الشيء قام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا وجدنا لصاحب الشرع من بدا عيانه في حرمة الابضاع الا ترى انه اقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطاً وفساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم

السبب فيه مقام الوطي ونوقض بان ما ذكرتم ان كان صحيحا فاقام النظر الى جمال المراة مقام الوطي في ثبوت الحرمة لكونه
سببا داعيا اليه والجواب ان النظر الى الفرج المدور وهو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو لا يحل الا في الملك
والظاهر من ذلك انها لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فالنظر بعد هذا فيه ان النظر الى الجمال الحلال
في الملك وغيره حلال فلا يكون داعيا الى الوطي دعوة النظر كذلك اليه او لا لا اراد فا بلا بد لك الامكان باوغير
المس بشهوة بان ينتشر الاله يعني ان الذكر منتشرة قبل النظر والمس او تزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل ذلك وقوله
هو الصحيح احترازا عن قول كثير من المشايخ قال في الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة
ان يميل قلبه اليها ويشتهي جماعها واشار المصنف شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام قال في النهاية هذا اذا كان
شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك او
يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر ذلك تحرك القلب وانما
يعتبر تحرك الاله وكان يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى تتحرك عضوه بالملامسة
وهو اقرب الى الفقه **وقوله** والمعتبر النظر ظاهر ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة وبه كان يفتي شمس الائمة
الاوزجندي ووجهه ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خللا
والذي اختاره والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص
محمد في بات ايان المراة في غير ما تاها من الزيادات ان الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع
الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح المايتين انه اي المس بالانزال غير مفض الى الوطي والمس المفضي اليه هو المحرم
ومعنى قولهم المس بشهوة وهذا لا يوجب الحرمة بالانزال بان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا
الى ان تبين بالانزال فان انزل لم يثبت والا ثبت لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال
سقط ما ثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال سقط ما ثبت من اذا ثبتت لا تسقط ابدا
واذا طلق امراته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة
عن طلاق بائن كان الطلاق على مال او ثلث جاز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود
على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم
بقدر دليله ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا انا لا نسلم انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول
قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المراة بحال لو جاءت بولد يثبت
النسب منه فان هذه كذلك ما دامت في العدة لا نزاع في بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولا بد لكونها مرتبة
على النكاح فاما كان عمل القاطع متاخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة
لزم الجمع بين الاختين وهو حرام **قال** والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا لو وطيها مع العلم
مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجهه انا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق فالمعتدة عن طلاق ثلث اذا
تولدت لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا
انكره دليل على انه لو ادعى يثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطي في العدة من طلاق ثلث لا يكون زنا
اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال
ان من طلق امراته ثلثا ثم وطيها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذاك باعتبار ان الملك في حق
الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطي في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لانا قد
اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الملك بقيام النكاح فقلنا بقيامه في حق التزوج
بالاخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الاختين **قال** ولا يتزوج المولى امته ولا يتزوج المولى
امته ولا المراة عبدها خلافا لبقاء القياس اشتد لو لا قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله فمما ملكت

ايمانكم

ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولنا ان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين يعني انه كما يجب على الزوجة
على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كالطلب بتمكينها من وطيها والقرار واعتدتها شرعا والمنع عن الخروج والبروز وتحصين
فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام
بمصالحها الراجعة الى الزوجية وكان النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما
مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي
بينهما واعترض بانهما من جهتين مختلفتين ولا تنافي حينئذ واجيب بمنع اختلاف الجهة بان كون المراة مالكة لجميع
اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ولقائل ان يقول
المراة بجميع اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز ان يملك العبد بالنكاح على سيدته
منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع فانها تقدر على ابلاغه بالاحضار والجب من غير ضمان
بلحقها فكان العبد مملوكا من حيث رقبته مالكا فاختلفت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة
القياس من الاية فبانها يعارضها قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم خاطب
الله تعالى الموالي بانكاح الاماء لا بانكاحهن فان قيل الاية سالمة عن بيان نكاحهن والساكت لا يكون حجة فالجواب
ان الموضع موضع بيان ما يحتاج اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان ويجوز تزويج
الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب قال المصنف اي العفائف فسره بذلك احترازا عن
قول ابن عمر فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة بدلالة العرف
ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم
والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالته على الحل ولا فرق بين الكتابية
الحرة والامة على ما نبين من بعد معنى بعد اسطر حيث قال ويجوز تزويج الامة ولا يجوز تزويج المجوسيات
لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء
الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف فلا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى ولا
تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها واعترض بان اهل الكتاب
مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه
عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين
وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف جوازه مستدلا بقوله والمحصنات من الذين اوتوا
الكتاب والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله ولتسمعن من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم
ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفي قوله لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف
عليه لا محالة وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان
اربابا بعين الشرك باشراك المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان
فان قيل اتخاذهم ذلك اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم الها بالحقيقة
وانما كانوا ينقادون لهم كما يعظمون في تعظيم الارباب فان قلت فانا وبل بقول ابن عمر لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات
بالاتي اسلمن من اهل الكتاب قلت لسنا ناخذ به لغرابته اذ ذاك عن العادة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت
حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة انه تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك **قال** ويجوز تزويج الصابيات
الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي الصابيات من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية
والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على
هذين التفسيرين وقوله والخلاف المنقول فيه يعني من ابي حنيفة وصاحبيه ان ان انكحتهن صحيحة عنده خلافا لهما

محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاب بما وقع عنده ووقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال إليه ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم وصاروا كعبدة الأوثان فإذن لا خلاف بينهم في الحقيقة لأنهم إن كانوا كما قاله أبو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما أيضا وإن كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده أيضا وحكم ذبيحتهم على هذا ويجوز تزوج المحرم والمحرمة في حالة الإحرام وقال الشافعي لا يجوز تزوج المحرم وليته على هذا الخلاف له ما روي عن عثمان بن عفان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ولنا ما روى ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم قال أبو عيسى الترمذي حديث ابن عباس حسن صحيح فإن قلت النكاح مما تثبت به حرمة المصاهرة فيجب أن لا يجوز على المحرم قياسا على الوطء إذا كان الحديثان متعارضين قلت ما رواه محمول على الوطء أي لا يطأ ولا تمكن المرأة أن يطأها كما هو فعل المعرس وكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزوج الأمة مسلمة كانت أو كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق إذ الولد يتبع الأم في الرق وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة إلى الكتابية ولهذا أي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه أي من تزوج الأمة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الأمة مطلق مسلمة كانت أو كتابية لإطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء **وقوله** وأحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع الذي هو ابتداء وهو تعريض الجزء على الرق لأن فيه أي في الإقدام على نكاح الأمة امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه لأنه لم يوجد بعد وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية إلا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لأن له أن لا يحصل الأصل بالعزل بالمرأة وتزوج العقيم والعجوز فلأن يكون له أن لا يحصل وصف الحرية بتزوج الأمة أولى ولا يتزوج أمة على حرة سواء كان حرا أو عبدا وقال الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضى الحرة ووجه الشافعي أن تزوج الأمة ممنوع لمعنى في المتزوج إذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق العبد لأنه رقيق بجميع أجزائه ووجه قول مالك أن المنع لحق الحرة فإذا رضيت فقد أسقطت حقها ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه بلاغا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح الأمة على الحرة وهو بإطلاقه حجة عليهما لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر فإن قلت يجوز نكاح الأمة مسلمة كانت أو كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق إذ الولد يتبع الأم في الرق وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة إلى الكتابية ولهذا أي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه أي من تزوج الأمة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الأمة مطلق مسلمة كانت أو كتابية لإطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله وأحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع الذي هو ابتداء وهو تعريض الجزء على الرق لأن فيه أي في الإقدام على نكاح الأمة امتناعا عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه لأنه لم يوجد بعد وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية إلا بطريق السنة والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لأن له أن لا يحصل الأصل بالعزل برضى المرأة وتزوج العجوز والعقيم فلأن يكون له أن لا يحصل وصف الحرية بتزوج الأمة أولى ولا تتزوج أمة على حرة سواء كان حرا أو عبدا وقال الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضى الحرة وجه الشافعي أن تزوج الأمة ممنوع لمعنى في المتزوج إذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا يوجد في حق العبد لأنه رقيق بجميع أجزائه وجه قول مالك أن المنع لحق الحرة فإذا رضيت فقد أسقطت حقها ولنا ما ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه بلاغا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تنكح الأمة على الحرة وهو بإطلاقه حجة عليهما لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر فإن قلت يجوز نكاح الأمة مسلمة

كانت أو كتابية

كانت أو كتابية بإطلاق المقتضي على ما تلونا فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وإن كان المقتضي موجودا لكن المانع غير منتف وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله ولأن للرق أثرا في تنصيف النعمة على ما تقرر في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ولا علينا أن نقرره ههنا وتقريره أن الحل الذي ينبني عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء وكما ينتصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر أربعا فكذلك ينتصف برق المرأة لأن الرق هو المنصف وهو فيهما ولا يمكن إظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لأن المرأة الواحدة لا تحل إلا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الأحوال ثلث حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فيجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة أو متأخرة عنها وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع من العمل بإطلاق المقتضي فتأمل فإنه غريب ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الأمة ولأنها من المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها فجاز العمل بإطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلث لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا تزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن فإنهما لم يجوزاه كأبي حنيفة وقالوا في الفرق لهما أن المحرم هناك الجمع فإذا تزوج في عدة أختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز وأما هذا المنع فليس لأجل الجمع فإنه لو تزوج الأمة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار إدخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل أن يقول نكاح الأولى قائم ما دامت في العدة أو لا فإن كان الأول ورد عليهما هذه المسألة وإن كان الثاني فتلك المسألة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والأسرار فرقا آخر أضعف من هذا فلا حاجة إلى ذكره **قال** وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والإماء وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والإماء أو منهما إذا قدم الأمة على الحرة ولا يجوز أكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع نص على العدد والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لأن هذا معدول وهو وصف ولهذا امتنع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا أنه عدد ولكن لا نسلم أن التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لأنه عليه السلام قال إنما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر أيضا مع أنه عليه السلام نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الأول أنه نحب الأصل من الأعداد وإن استعمل وصفا وعن الثاني بأن معناه إنما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي لأن هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة وهو محصور على هذا العدد فإن قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع أو ثمانية عشر لأن الواو للجمع أجيب بأن هذا الوهم هو الذي أوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين أفضل الموجودات مع اختصاصه بذلك فضيلة النبي لو زدناهم عليه فإن منهم من ذهب إلى جواز التسع ومنهم من ذهب إلى جواز ثمانية عشر نظرا إلى معنى المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الأمر على ما توهموا لأن المراد بمثل هذا الكلام أحد هذه الأعداد قال الفراء لا وجه لحمل هذا على الجمع لأن العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام الجيد يتنحى عن ذلك وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الأربع من النسوة حين أسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن أحد في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده إلى يومنا هذا أنه جمع بين أكثر من أربع نسوة نكاحا وقال الشافعي لا يجوز أن يتزوج إلا أمة واحدة لأنه أي نكاح الأمة ضروري في حق الحر عنده كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما

تأويلا يعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان ابنة
مدبرة مذكورة بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك يجوز لانه
في حق النكاح بمنزلة الحر حتى ملكه بغير اذن مولاه لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما
ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا لو قال جاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه لان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق
منصف على ما يجي في الطلاق كما وعد المصنف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وملك
اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب القسم وينتصف فيها وقوله فان طلق
الحر ظاهر **قال** فان تزوج حبلى من الزنا • الحامل اذا تزوجت فان كان الاول باطل في قولهم جميعا
وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع حملها وقال ابو يوسف النكاح فاسد لان
الامتناع في الاصل اي في الحمل الثابت النسب انما كان لحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم
اسقاطه والحاصل انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله
تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا
النص قلت لمكان قوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت من المحللات حل وطيها
بعد ورود العقد عليها اجاب بقوله وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة الوطي لعارض تحمل
الرد والاستتار من فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس وقوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس
ابي يوسف وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء وحرمة للزاني وقوله
فان تزوج حاملا من السبي صورته ان يسبي الحربية حاملا فاراد السابي ان يزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان الحبل
الثابت من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج ام ولده وهي
حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها لوجود حده وهو ضرورة متعينة لثبوت نسب الولد منه وكل من
كانت فراشا لغيره لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه سبب الحرمة من المحصنات من النساء فان قيل
لو كانت فراشا لبطل نكاحها بلا انتفاء اجاب بقوله الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان وكان
فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل لان الحمل مانع في الجملة ولذلك الفراش بعد اجتماعهما يحصل التأكد
فان قيل ان كان غير متأكد ينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل
النفي لانه كما اذا قال لجارية له ولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين
واذا انتفى نسبه كان محلا لغير ثابت النسب في مثله تجوز النكاح كما تقدم اجاب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم
تخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسألة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل
منه وانما يكون الحمل منه اذا ادعاه وانما ذكر لفظ الفاسد في المسألتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد
بالفساد هناك الباطل ايضا على ما ذكره فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في كتاب النكاح مع المنافي انما هو
لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل ولا حاجة الى عقد يتحقق المقاصد ولا يثبت به الملك
لان الحرمة في المتقدمتين اهون لما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف وهو ظاهر واما في المسبية فلذلك
على ما روى الحسن عن ابي حنيفة انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها ومن وطي جارية
ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانه لا يثبت نسب ولدها منه بدون الدعوة فان الفراش الذي ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه
من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال الشارحون معنى عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان
اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف فيقال انه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح
في فتاوى الولوالجي بالاستحباب واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان

الوطي حراما فاذا احتمل ذلك يستحب التنزه كما في الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح
اورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا ولهما ان قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حمل وان والحكم بجواز النكاح
في مثله امارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محترم وان كان الرحم فارغا لا يؤمر
بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لان نفيه
يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهم وانما
لم يفصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب ومن يذكر ما سلف من المسائل متفطن لما ذكرنا من القيود التي لم
يصرح بذكرها المصنف استغناء عنها بما تقدم كلامه فيما سلف وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد صورة
النزاع على الشراء بالفارق وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ والاقدام
حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله وكذا اذا رأى امرأة تزني ظاهر وقيل ينبغي ان لا يحل
لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه يعارض الاحتمال احتمال وجود الحمل
وعدمه فعند ذلك ترجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوي الاصالة هنا بعدم حرمة صاحب الماء **قال**
ونكاح المتعة باطل صورة المتعة ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او يقول
خذي هذه العشرة لاتمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك
هو جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه بالاجماع
وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن علي ابن ابي طالب ان منادي
رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن سبرة
قال احل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة ايام فخرجت مع ابن عم لي الى باب امرأة ومع كل واحد منا
بردة وكانت بردة ابن عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كأنها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردته
وقالت هلا بردة كبردة هذا او شابا كشاب هذا ثم آثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت
اذا منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمع
الصحابة على ان المتعة قد انتسخت في ايام النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهر لان نسخ الكتاب
والسنة بالاجماع لا يصح على المذهب الصحيح فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفا اجاب بقوله وابن
عباس صح رجوعه الى قولهم روى جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع الى قوله في الصرف والمتعة
فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك نظر لانه روى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن
بن محمد بن علي عن ابيهما عن علي بن ابي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن
اكل لحوم الحمر الاهلية وقال في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة
والقول بجواز ان يكون من الائمة الذي اخذ منه المصنف قد اطلع على قوله على خلاف ما في المدونة ولم يكن من
يروي حديثا يكون واجب العمل لجواز ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان
يتزوج امرأة بشهادة شاهدين الى عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المصنف في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود
لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا انفا في نكاح المتعة والآخر شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر
لفظ التزويج والنكاح وان تكون المدة معينة وقال زفر هو صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا
لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو
الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة
في العقود للمعاني دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة
الاصيل كفالة **وقوله** ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد

أنهما إن ذكرا من الوقت ما يعلم أنهما لا يعيشان إليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحا لأنه في معنى التأبيد وهو رواية عن أبي حنيفة وجه الظاهر أن التأقيت متعين لجهة المتعة فإن قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لأنه لم يوضع شرعا إلا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فإذا قال إلى عشرة أيام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسألة بما إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر فإن النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينهما وبين ما نحن فيه وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر لأن الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر ليقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح وكان النكاح صحيحا والشرط باطلا وأما صورة النزاع فالشرط إنما يؤثر في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الإجارة **قال** ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة هذه المسألة من الأصل أي من المبسوط وصورتها ظاهرة ومسألة البيع تأتي في البيوع وقوله وعنده ما يقسم على مهر مثلهما يعني إذا كان المسمى ألفا مثلا ينظر إلى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما فما أصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما أصاب حصة الأخرى يثبت عليه لهما أنه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فإنما يلزم بإزاء السالم منهما إذا لم يتم منهما إلا أحدهما فلا يلزمه إلا حصته كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت أحدهما دون الأخرى ولأبي حنيفة أن ضم ما لا يحل إلى ما يحل في النكاح كضم الجدار إلى المرأة فيه أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة فكذلك هاهنا لم يعلم بخلاف ما إذا خاطبهما بالنكاح لأنهما قد استويا في الإيجاب حتى لو أجابتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل بالمساواة في الإيجاب فإن قيل إذا لم يكن محلا للنكاح أصلا ولم يدخل تحت العقد وجب أن يحد إذا وطئها ولا حد عنده أجيب بأن عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد وقوله ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها هذه المسألة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند أبي حنيفة ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه فيما بينهما بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى وأما في الأملاك المرسلة والميراث فإنه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالإجماع وأما في الهبة والصدقة فعن أبي يوسف فيه روايتان في رواية يلحقها بالأشرية والأنكحة من حيث إنه يحتاج فيه إلى الإيجاب والقبول وفي الأخرى يلحقها بالأملاك المرسلة وما ذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قالوا القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة والخطأ في الحجة يمنع من النفوذ باطنا كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولأبي حنيفة أن الصدقة إذ الشهود صدقة عند القاضي لأن الفرض أنه لم يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هذه الشهود هي الحجة المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لأن ذلك أمر باطن لا يعلمه إلا الله فلو اشترط ذلك للقضاء لما أمكن القضاء أصلا وإذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر بالأمارات فإن قيل القضاء إظهار ما كان ثابتا لا إثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا أشار إلى الجواب بقوله تقديرا النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كأنه قال الحاكم إياه زوجتك وحكمت بينكما بذلك قطعا للمنازعة فيحل له أن يطأها لئلا ينازعه في طلب الوطء ثانيا وسألني بعض أذكياء المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة سبع وأربعين وسبعمائة عن هذه المسألة طاعنا في المذهب فأجبته بقولهم هذا قطعا للمنازعة فقال قطع المنازعة لم يختص في الوطء فليطلقها فإنه يخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطء لم يبيحه تحليل فقلت تعني بالطلاق طلاقا مشروعا أو غير مشروع لا سبيل إلى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الأول وهو يقتضي النكاح لا محالة وأما منا في هذه المسألة علي فإنه روي أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة إن لم يكن لي بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه فقال علي شاهداك زوجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وكان في ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك

منه

بشهادة

منه قضاء بشهادة الزور فإن قيل هذا التماس إذ جعل قضاؤه بمنزلة إنشاء العقد وذلك يقتضي أن يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه السلام لا نكاح إلا بشهود أجيب بأن بعض مشايخنا ذهبوا إلى ذلك وإليه مال شمس الأئمة السرخسي وآخرون منهم قالوا إنشاء النكاح لا يثبت مقصودا وإنما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لا يراعى شرائطه التي يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم وهو الجواب عن سقوط الإيجاب والقبول وقوله بخلاف الأملاك المرسلة أي المطلقة عن إثبات سبب الملك بأن ادعى ملكا مطلقا في الجارية أو الطعام من غير تعيين شراء أو إرث حيث لا ينفذ القضاء إلا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطؤها لأن في الأسباب تزاحما فلا يمكن تنفيذه بيانه أن في الأسباب كثرة ولا يمكن القاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وإنما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه عن المدعي وذلك بما قدمه ظاهرا فأما أن ينفذ باطنا بمنزلة إنشاء جديد فلا لتعذر تقديره بلا سبب شرعي بخلاف النكاح فإن طريقه متعين في الوجه الذي قلنا فيمكنه إثباته وتنفيذه والله تعالى أعلم

باب الأولياء والأكفاء

أخر بيان الأولياء والأكفاء عن بيان المحرمات وإن كانا شرطي النكاح لأن حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الأولياء والأكفاء والمتفق عليه أولى بالتقديم وتحرير المذهب على ما ذكره في الكتاب واضح وأما وجه من لم يجوزه بدون الولي كأبي يوسف في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فما قال إن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما عند التوقان وهو مردود بما إذا أذن لها الولي كما اختاره محمد فإن الخلل يتجبر به وكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وأيضا المدعى إن كان أن النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل لا يطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بأن هذا التعليل تعليل أن لا يفوض إليهن أمر النكاح مطلقا من غير نظر إلى أنه بإذن الولي أو لا غير دافع لانتفاء المطابقة وأما وجه من جوزه فهو أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف فإن قيل لا نسلم أنها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الأولياء ولهذا لا يجوز إذا لم يكن الكفؤ في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الأصلية التي يترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب النفقة المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من الحقوق كلحوق العار للأولياء فإن قيل هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد أما الكتاب فقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن نهى الولي عن العضل وهو المنع وإنما يتحقق منه المنع إذا كان الممنوع في يده وأما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فالجواب أن الآية مشتركة الإلزام لأنه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على أنهن يملكنه وأن قوله فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره **وقوله** أن ينكحن يعارضها وأما الحديث فساقط الاعتبار لأن ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فأنكره ولأن عائشة عملت بخلافه زوجت بنت أخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وذلك يدل على نسخه ولأنه معارض بقوله عليه السلام الأيم أحق بنفسها من وليها والأيم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا هذا هو الصحيح عند أهل اللغة وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين وصار إلى المعقول وهو المروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود **وقوله** وإنما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال إذا انصرفت في خالص حقها فلم أمر الولي بالتزويج إذا طالبته وأي حاجة لها

الى طلب التصرف من الولي في حال لم يرضها ووجهه انها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف
من الولي في حال لم يرضها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة اليها وقوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو
يعني اذا التزقت من الزوج واما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عمن يربيه قال في
ولكن في مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولادا
ثم بدا له ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضى في حق النكاح في حق البكر نصا على خلاف
القياس فاذا كان مكتوبا بخط شيخي وقوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو يعني لدفع
الضرر عن الاولياء قال شمس الائمة وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي بعد ذلك ويعد
معنى قوله لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي ولا يتوقف
على الاجازة **قال** لا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز
عندنا خلافا للشافعي وهو متمسك بمذهب ابن ابي ليلى له ان الصغيرة اذا كانت بكرا يزوجها كرها فكذا البالغة والجامع
بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا اي ولكونها جاهلة بامر النكاح يقبض الاب صداقها بغير امرها
ولنا انها حرة مخاطبة لان الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية وقوله والولاية
على الصغيرة جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت لقصور عقلها
وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فانه
كان صغيرا اجازه لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف في المال اي في مال البكر البالغة فانه
لا يجوز للاب التصرف فيه وقوله وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض
الاب صداقها ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحيي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ذلك ليجهزها
بذلك مع مال نفسه ليبعث بها الى دار زوجها فكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل بصريح
نهيها **وقوله** واذا استأذنها الولي ظاهر وقوله وان فعل هذا يعني الاستيمار والاستئذان غير ولي
وهو الاجنبي او قريب ليس بولي بان كان كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كاستئذان الاخ مع وجود
الاب لا يكون رضى حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا وقوله ولو وقع اي
السكوت دليلا فهو دليل محتمل يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء
لانه فضولي او في حق ولي غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم
مقامه وقوله ولا بد في الاستيمار لتسمية يعني اذا استأمر فلا بد ان يسمي الزوج على وجه تعرفه اما اذا ابهم
وقال اني اريد ان ازوجك فسكتت لا يكون السكوت رضى ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول من
المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكره
ان للنكاح صحة بدونه فلا احتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضى وكان محمد
بن مقاتل يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضى بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم العقد
لان الحاجة ههنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة ولان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستيمار
لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع قبل العقد وحين يبلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد
السكوت لكنا نقول هذا في معنى المنصوص لان لها عند الاستيمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب
الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في الرجال وذلك موجود فيما اذا بلغها العقد وقوله
معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف **وقوله** ثم المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان في حقوق
العباد فهو على ثلثة اقسام ما فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا ما محض كالبيوع والاشربة
والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والاذن

في الخيارات وما اشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتي نحن فيه واخواتها كعزل الوكيل وحجر
المأذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها فالاول يشترط قرابته ولهذا اي ولقصور شفقته لا يملك
التصرف في المال مع انه ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى وقوله
ان الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب والجد فاذن النظر فيهما المرتب
الامر القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيدة
من القصور ممكن التدارك فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا
الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا فيه خللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف
في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر تداول الايدي بان يبيع الولي ثم
يبيع المشتري من آخر ثم وثم ويتعذر تعقيب بعضهم ولا يمكن توقف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا يفيد الولاية
الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف المناكحة فانها لا يتكرر غالبا وكان التدارك بالفسخ
ممكنا **وقوله** وجه قوله اي قول الشافعي في المسألة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي وتقريره
ان الرأي امر باطن والثيابة امر سبب لحدوثه اي وجود الممارسة فقام مقامه وتدار الحكم عليه ثم بين
ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني ان المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة وقد تحققت الصغر والمانع وهو فقد
الشفقة قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا
نسلم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لان الرأي والعلم بلذة الجماع انما يحدث بمباشرة عن شهوة
ولا شهوة لها واذا لم يكن كذلك لم يكن للثيابة سببا لحدوث الرأي لا يصلح مدارا واما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن النظر
بنفسه فجاز ان يكون مدارا فكلما يثبت الصغر يثبت الولاية ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من
اطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى
العصبات من غير فصل وقوله والترتيب في العصبات ظاهر وقوله اعتبارا بالاب والجد معناه ان القرابة
ولهما ان قرابة الاخ ناقصة خصص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد
وقوله فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى يعني ان وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من سوء الخلق
وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسيع النفقة وتقتيرها وهذه المقاصد اهم
من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بجد بليغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته وبما لا يحسن النظر
فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك **وقوله** واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام
والقاضي يعني في اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد
منهما الخيار وقوله هو الصحيح احترازا عما روى خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار لليتيمة
اذا زوجها القاضي لان له الولاية في النفس والمال وكان في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره في
الكتاب بقوله لقصور الرأي في احدهما يعني الام ونقصان الشفقة في الآخر يعني القاضي الا ترى ان ولاية
القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت لهما الخيار فيما اذا زوجاها ففي تزويج القاضي اولى وقوله
ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور
شفقة المزوج ولهذا اي لتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن
كذلك في حق الغلام واذا كان لضرر خفي لا يطلع عليه لان من المسئلة فيما اذا كان الزوج كفؤا والمهر تاما
فربما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها فان
الزوج قبل عتقها كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر
جلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء اصل النكاح

غير ممكن لانه بعد العتق يستلزم منهما وجود الملزوم بدون وجود اللازم وهو محال وكان لها ان ترفع أصل الملك
في ضمن ما لها من دفع الزيادة واعترض بان دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع
للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان هذا ليس بجعل التابع متبوعا
وانما هو من باب الالزام للضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة كما لها اعتبار العتق لزم الضرر الذي
يحصل به والضرر المرضي غير ضار بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اعتبارها
في النكاح فلم يكن ضررها بمرضي وكان ضارا واذا اجتمع الضرر الضار يرفع الضار دون غيره **وقوله** ثم عندهما
أي عند ابي حنيفة ومحمد خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف لا يرد هاهنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج
غير الاب والجد وحاصل ما ذكره هاهنا امور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول ان خيار
البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق والثاني ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار
العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت [illegible] علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها
سواء كانت عالمة بان لها الخيار أو لم تكن اما اذا لم تكن عالمة فظاهر واما اذا لم تكن فلانها لم تعذر بالجهل
بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها
على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل واما المعتقة فانها
معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت الخيار لها اما الاول فلان المولى ينفرد به واما الثاني
فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة وقوله ثم خيار البلوغ تفريع
على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم
يقل رضيت ويجيء منه بالجزم ما لم يعلم انه رضا وان كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان
كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت
للنكاح عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا فيبطل خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا عند ابتداء عقد
النكاح لم يكن سكوتهما رضى بل لا بد من الرضا صريحا أو دلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضى
بل لا بد من ذلك وقوله وخيار البلوغ تفريع آخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار
البلوغ وخيار العتق وتقريره خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد
كان علمها بالنكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار
فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس **وقوله** لانه ما ثبت دليل عدم البطلان في حق البنت خاصة
وتقريره خيار بلوغها لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض
هو المقتصر على المجلس كما يجيء **وقوله** بلى لتوهم الخلل دليل يشمل البكر والغلام وتقريره خيار البلوغ بعدم
الرضا لتوهم الخلل وما ثبت لعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت
البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادلة
في ضمن الاجبار الذي هو ثابت في حق الاجبار جزاه الله عن الخاصين خيرا وقوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه
وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق ثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق
لما ثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون القيام دليل الاعراض
وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس انه أشار الى ذلك بقوله غير ان سكوت البكر رضا يعني ان الرضا يسقط خيار
البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا وقوله ثم الفرقة
بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول أو بعده لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها والفائدة تظهر في
شيئين احدهما انها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني المخيرة ظاهر الى آخره

المسئلة **قال** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون الولاية المعتد به فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية
له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا النظر في التفويض الى هؤلاء اما
الى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفو واما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر يعني على
مسلمة يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحمية منها وقوله ولغير العصبات من الاقارب يعني كالاخوال والخالات
والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اي عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المراة كابن
العم أو لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبته من العصبات ثم عند ابي حنيفة بعد العصبات الام ثم ذوو الارحام
الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام
ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم موالي الموالاة ثم السلطان
ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا اشترط تزويج الصغار والصغائر في عهده منشوره اما اذا لم يشترط فلا ولاية
له وقال محمد لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف مضطرب ذكره مع ابي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب
الولاء وقوله لهما ما روينا يريد به قوله عليه السلام الانكاح الى العصبات عرف الانكاح الى باللام فيعم
فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفو
والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة
الموثقة على الشفقة فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز اجيب بوجهين ان معنى قوله الانكاح الى العصبات
اذا وجدت العصبات والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأي والقول
بتوريث ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم
أولى ببعض ولكون التوريث مبنيا على الولاية **وقوله** واذا عدم الاولياء يعني على الوجه المذكور فالولاية
الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له اما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان
ذلك في عهده منشوره كذا في فتاوى قاضيخان وقوله واذا غاب الولي الاقرب يعني كان غيبة منقطعة
جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج وقال زفر ليس له ذلك وقال الشافعي يزوج السلطان لزفر ان ولاية الاقرب
قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والحق القائم بشخص لا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها
حيث هو جاز بالاتفاق واذا كانت ولاية الاقرب في غيبته لا يكون للابعد ولاية ولنا ان هذه ولاية نظرية
وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه وكلتا المقدمتين ظاهرة ففوضناه الى الابعد وقوله
وهو مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي كما اذا مات الاقرب فان الولاية لم تنتقل الى السلطان
بموت الاقرب فكذا بغيبته **وقوله** ولو زوجها حيث هو فيه جواب عن قول زفر ولهذا لو زوجها
حيث هو جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه وبعد التسليم نقول الابعد بعد القرابة وقرب التدبير والاقرب
عكس ذلك فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد يعني اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد
لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر وقوله وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام السعد
والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي عصمة وسعد بن معاذ
المروزي وقوله لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضيخان
في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وقوله لانه اوفر شفقة
من الابن بدليل ان ولاية الاب تعم النفس والمال والابن ليس له ولاية في المال ولهما ان الابن هو المقدم
في العصوبة الا ترى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط وقوله ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب
محمد

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم أن
عدمها يمنع الجواز أو يمكن الاولياء من الفسخ احتاج ان يذكرها في فصل على حدة والكفاءة بالفتح مصدر ولا

منه الكفؤ وهو النظير من كافاه اذا ساواه فهي معتبرة في النكاح قال صلى الله عليه وسلم ألا لا يزوج النساء
إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء رواه جابر ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة والنكاح شرع
لانتظامها ولا ينتظم بين غير المتكافئين لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس ولا بد من اعتبارها من جانبه
بخلاف جانبها لأنه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللأولياء أن يفرقوا
بينهما دفعا للضرر العار عن أنفسهم يعني ما لم تلد منه كما تقدم فإن قيل الحديث يدل على عدم الجواز ففي القول
بالجواز به نفاذ وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز أن يكون نفيا وهو يقتضي المشروعية عندنا ثم الكفاءة تعتبر
في خمسة أشياء في النسب والحرية والدين والمال والصنائع أما النسب فلأنه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري
يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لأن الناس سواسية بالحديث قال عليه السلام الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي
على عجمي إنما الفضل بالتقوى وقد تأيد ذلك بقوله تعالى إن أكرمكم عند الله أتقاكم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل
برجل والمراد بالموالي العتقاء لما كانت غير عرب في الأكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي أكفاء بعضها لبعض
والعرب أكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا يعني من قوله عليه السلام قريش بعضهم
أكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته
عثمان وكان من بني عبد شمس وإنما قال في الموالي رجل برجل إشارة إلى أن النسب لا يعتبر فيهم قيل لأنهم ضيعوا أنسابهم
فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما أشار إليه سلمان حين افتخرت الصحابة بالأنساب وانتهى الأمر إليه أبي
الإسلام ولا أب لي سواه **وقوله** إلا أن يكون يعني قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش إلا أن يكون النسب
نسبا مشهورا في الحرمة كأهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشيا
ليس من أولادهم كان للأولياء حق الاعتراض قال المصنف كأنه يعني محمدا قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا
للفتنة لا لأنه من أصل الكفاءة وقوله وبنو باهلة قبيلة من قيس غيلان وهي في الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت
معن بن أعصر بن سعد بن قيس غيلان فنسب ولدها إليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى والواحد
عربي والأعراب واحد الأعراب وهم أهل البدو وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة
لأنهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ولأنهم كانوا يطبخون عظام الموتى ويأخذون الدسومات منها قال
قائلهم • ولا ينفع الأصل من هاشم • إذا كانت النفس من باهلة **وقوله** وأما الموالي ظاهر وقوله
كما هو مذهبه في التعريف أي في تعريف الشخص في الشهادة فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل
به التعريف عند أبي يوسف ولا حاجة إلى ذكر الجد وعندهما لا بد من ذكر الجد وقوله ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤا
لمن له أب واحد في الإسلام نقل في النهاية عن الإمام المحبوبي أن هذا في الموالي وأما في العرب فإن من لا أب له
في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفؤ لمن له آباء في الإسلام لأن العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب
كفؤا للنسب أجدادا كانوا مسلمين وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ومفاخرتهم بالإسلام فمن كان له أب في الإسلام يفتخر
على من لا أب له فيه ولا يعده كفؤا له والكفاءة في الحرية نظيرها أي نظير الكفاءة في الإسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق
والخلاف فإن العبد لا يكون كفؤا لمن هي حرة الأصل وكذلك المعتق لا يكون كفؤا لها والمعتق أبوه لا يكون كفؤا لمن
لها أبوان في الحرية لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة لسببه وروي عن أبي يوسف أن
الذي أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤا **قال** وتعتبر أيضا
في الدين والديانة وتعتبر أيضا الكفاءة في الدين أي في الديانة وهي التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم
الأخلاق وإنما فسر الدين بالديانة لأن مطلق الدين الإسلام ولا كلام فيه لأن إسلام الزوج شرط جواز نكاح
المسلمة إنما الكلام في حق الاعتراض للأولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة

وهذا

وهذا أي اعتبار الكفاءة في الديانة قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه أي الدين بمعنى الديانة من أعلى
المفاخر والمعتبر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة
أولى بالاعتبار وقوله وأبو يوسف معه هو الصحيح أي قران قول أبي يوسف مع أبي حنيفة حتى تكون الكفاءة في
الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية عن أبي يوسف أنه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال
إذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفؤا قال في الجامع الصغير أراد به أعوان السلطان إذا كانوا بحيث يكون
لهم مهابة عند الناس وقال محمد لا تعتبر الكفاءة في الديانة لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى عليه أحكام الدنيا
إلا إذا كان يصفع أي يضرب على قفاه بعرض الكف ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران فيلعب به الصبيان
حينئذ فإنه لا يكون كفؤا لامرأة صالحة من أهل البيوتات قيل وعليه الفتوى لأنه مستخف به أي بذلك الصفع
وتعتبر الكفاءة في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا حتى
أن من لا يملكهما أو يملك أحدهما لا يكون كفؤا أما المهر فلأنه بدل البضع فلا بد من إيفائه وأما النفقة فلأن قوام
الازدواج ودوامه بها والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفا من لم يطالب به فلا تنتفي
الكفاءة وقوله وعن أبي يوسف هو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال الكفؤ
هو الذي يقدر على المهر والنفقة قلت بأن كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفؤ قلت فإن ملك النفقة
دون المهر قال يكون كفؤا قال الصدر الشهيد في تعليله لأن المهر يجري فيه التساهل والتأجيل ويعد قادرا
على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الأب لأن الآباء في العادات يتحملون
المهور عن الأولاد دون النفقة الدارة وقوله فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة ظاهرة وقوله وعن أبي حنيفة
في ذلك روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفؤا للعطار في رواية قال الموالي بعضهم أكفاء
لبعض إلا الحائك والحجام وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الروايتين ما ذكر
في الكتاب وهو واضح **قال** وإذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة
حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك قال المصنف وهذا الوضع أي وضع الفقه وفي هذه المسألة
على هذا الوجه إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة
صادقة فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يتمكن الاعتراض وأقول هذا إنما يستقيم أن لو تعين هذا الوضع
في النكاح بغيره وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالتزوج ولم يسم مهرا انعقدت على هذا الوجه فيصح وضع المسألة
على قول محمد الأول وكذلك لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الإكراه ورضيت
المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما والوجه
من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح وقوله فأشبه الكفاءة يعني في تعيير الأولياء بكل واحد منهما واعترض بأن الشرع
قد ندبنا إلى رخص الصداق دون ترك الكفاءة ولذلك النبي عليه السلام لم يضع بناته في غير الأكفاء وزوجهن
بأدنى الصداق فإنه ما زاد على أربع أواق ونش أي ونصف أوقية ومهورهن كانت دون مهور سائر النساء لأن
الزيادة بقدر الشرف ولو زيد الشرف كان تعويضا فلا مشابهة بينهما والجواب أن وجه الشبه ما ذكرنا من تعيير
الأولياء وهو وصف مؤثر في الباب وأما أن يكون بين المشبه والمشبه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترط أحد من
المحصلين وقوله بخلاف الأب بعد التسمية جواب قولهما كما بعد ذلك لأن الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور
عادة وربما يعدونه ضربا من اللؤم في العادات **وقوله** وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ظاهر ومعنى هذا
الكلام أنه لا يجوز العقد بيانه أن هذا الكلام وهو قوله وقالا لا يجوز عندهما الحط والزيادة إلا بما يتغابن
الناس فيه بظاهره يدل على أن العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لأن المانع من قبل التسمية وفسادها
لا يمنع صحة النكاح كالنكاح بلا تسمية أصلا أو تزوجها على خمر أو خنزير وهو قول بعض مشايخنا وقال آخرون معناه أن

نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام والمصنف لان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر
فيما اذا حط مهرها وزاد على مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش او اشترى باكثر
مما يباع لذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر تقريره ان النظر والضرر في هذا
العقد باطنان لكن النظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية وهي موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز
النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطنان لان المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقا
صد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاحسان والعرائر فيجوز ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز
ان لا يكون فكان النظر والضرر باطنين فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات
المالية فلم يكن في مقابلتها بخيرية خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل
الدال على النظر معدوم **وقوله** ومن زوج ابنته نظير تلك المسئلة في الزوج بصغير ظاهر وكلامه ظاهر والله اعلم

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ناسب ان
يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي وقوله ويجوز
لابن العم صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليلي زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى وهو ان الواحد
لا يكون مملكا ومتملكا في شيء واحد في زمان واحد واستثنى الشافعي الولي لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة
وبناء على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه
لا تمانع في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم
والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر بخلاف البيع لانه مباشر حتى ترجع الحقوق اليه واذا
تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي شطري الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام اثنين قامت
عبارته الواحدة ايضا مقام عبارتين فلا يحتاج الى القبول **وقوله** وتزويج الامة ظاهر وقوله عقد اي قابل
الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا او اصيلا وقوله انعقد وصح لكنه بناء على ان المقاصد الاصلية هو الحكم
والاخبار للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذا الموكن فاذا كان كلامه لغوا ولنا ان ركن
التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى محله وهو الانثى من بنات
آدم عليه السلام وليست من المحرمات ولا ضرر في انعقاده لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة فينعقد موقوفا
فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله وقوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه
وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يبعد بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد
كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار وقوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة
ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لا مجيز لها فلا تتوقف والثانية لها مجيز فتتوقف لما تقدم ان شرط التوقف
وجود المجيز وقوله وهذا اي جميع مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها
فبلغه يعني بغير مخبر فاجازه جاز **وقوله** وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا ست مسائل ثلث منها
تتوقف على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي آخر او قال
الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فاجابه فضولي او قالت المرأة زوجتها منك او قالت المرأة زوجت نفسي من فلان
الغائب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق لانه عقد جرى
بين اثنين فيكون ثابتا موقوفا على الاجازة وفي ثلث منها اختلاف احدها ما ذكر اولا وهو قوله ومن قال
اشهدوا اني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه
والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف العقد

على اجازة

على اجازة الغائب وهو قول ابي يوسف اولا وعلى قوله آخرا يتوقف هو يقول في الفضولي من الجانبين لو كان
مأمورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا توقف لان الكلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار ان ذلك
ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق
والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة
الحضرة حتى يملك الرجوع قبل قبول الآخر ويبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يملك ذلك
فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء
المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينقل كلامه الى العاقدين فيصير ككلامين وما جرى بين الفضوليين
عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واخواته اي الطلاق على مال والاعتاق عليه لانه
تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين تتم بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال
من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما يجيء **وقوله** ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه
اثنتين لا يخلو اما ان يكون التوكيل بامرأة بعينها او بغيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ما ذكره واضح وقال
ابو يوسف يقول او لا يصح نكاح احديهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المأمور ممتثل امره في احديهما
ولا يبعد ان يكون احديهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلثا بغير عينها قال شمس الائمة
السرخسي وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشروط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط
لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي الاول وهو ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى
في عقد واحد جاز نكاح فلانة للآمر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها وقوله ومن
امره امير فقد مر بالامير وكلام غيره لذلك قال الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف اذا امر الموكل امرا فزوجه
الوكيل امة او حرة عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة اما اتفاقا واما لما قيل فيه بذلك
تظهر الكفاءة فاما من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله امة لغيره لانه لو زوجه
زوجته امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما الاطلاق
اللفظ فان لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والامة جميعا
وقوله وهو التزوج بالاكفاء قال الكاتي دلت المسئلة على ان الكفاءة تعتبر للرجال ايضا عندهما ولذا ذكره
في الاصل قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر
يتزوجون الاماء للتمتع او هو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه
ان العرف على نوعين لفظي نحو الدابة يتقيد لفظا بالفرس ونحو المال في عرف العرب بالابل وعملي اي العرف من حيث
ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وانما قال لا يصلح مقيدا للاطلاق لان اطلاق اللفظ تصرف لفظي
والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه وقوله وذكر يعني محمد في وكالة الاصل اشارة
الى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح والله تعالى اعلم

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له والمهر هو المال
يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسامي المهر والصداق
والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله تعالى فانكحوا والنكاح لغة
لا يتعين الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين فلو شرطنا التسمية فيه زيادة على النص فان قيل المهر واجب
شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله لان المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه ليس لصحة النكاح وانما
هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح فان قيل هذا دعوى فلا بد له من دليل قلت دل عليه قوله

أمره

تعالى لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون
الطلاق إلا في النكاح الصحيح فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا أن النكاح
عقد انضمام يتم بالزوجين وقوله وفيه أي فيما إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها خلاف مالك يعني لا يجوزه فإنه قال لأنه
عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع بشرط أن لا ثمن ويحتاج إلى الفرق بين ترك التسمية
وشرط أن لا يكون مهرا والقياس على البيع يقتضي بطلان العقد مردود وفرق بينهما بحديث ابن مسعود في المفوضة كما سيجيء
فإنما دلالة حديث ابن مسعود على جواز أن يبقى المهر كذا لا لكنه على جواز ترك ذكره لأن ما يكون عوضا يشترط ذكره في
العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع وأقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز أن يكون ثمنا في
البيع لأنه حقها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا فيكون التقدير إليها ولنا قوله عليه السلام لا
مهر أقل من عشرة إنما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال لا قطع في أقل من عشرة دراهم ولا مهر أقل من عشرة دراهم وفيه بحث من أوجه الأول أنه خبر واحد
فلا يجوز تقييد إطلاق قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم لأنه نسخ الثاني أنه معارض بقوله عليه السلام بما روي أن عبد
الرحمن بن عوف جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فأخبره أنه تزوج فقال عليه السلام كم سقت إليها فقال زنة
نواة من ذهب فقال عليه السلام أولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الأكثر وقيل ثلثة دراهم وثلث
وبما روي أن امرأة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال عليه السلام ولا حاجة لي اليوم بالنساء فقال رجل
لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال عليه السلام هل عندك شيء تصدقها فقال ما عندي إلا إزاري فقال عليه السلام
التمس شيئا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال عليه السلام هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا
قال عليه السلام زوجتكها بما معك من القرآن أن هذا الحديث متروك العمل في حق الأولياء فيكون في حق المهر كذلك لأنه إن كان
صحيحا وجب العمل به على الإطلاق وإن لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك وأما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض والجواب
عن الأول أن التقييد ثبت بإشارة قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم لأن الفرض بمعنى التقدير فكان
المراد بأموالكم في قوله تعالى أن تبتغوا أموالا مقدرا وبين الحديث مقداره وهذا لأن كل ما أوجبه الشرع تولى بيان
مقداره كالزكوات والكفارات وغيرها فكذلك المهر وعن الثاني بأن الأحاديث تدل على ما تعجل بالتوق إليها أما في
حديث عبد الرحمن فلأنه مصرح به وأما في الحديث الآخر فلأنه أمر بطلب ذلك الرجل بالالتماس وذلك غير مقدر عندنا
وليس كلامنا فيه وإنما كلامنا في الذي يثبت في الذمة وعن الثالث بما ذكرنا أن غايته عمل عامة علمائه ولو لم نعرف لنسخه
ما تعارف ذلك فقام دليل النسخ في الأولياء دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام دليل النسخ تركه بما لم يقم
ولا التحكم وقوله ولأنه حق الشرع أي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في
أزواجهم على ما عرف في الأصول وكان ذلك لإظهار شرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب
السرقة لأنه يتلف به عضو محترم فلأن يتلف به منافع بضع كان أولى ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال
زفر مهر المثل لأن تسمية ما لا يصح مهرا كانعدامه كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس ووجه الاستحسان أن فساد
هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة إما باعتبار أن العشرة في كونها صداقا لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى
كذكر كله كما لو أضاف النكاح إلى نصفها صح في جميعها وأما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لأن الرضا
بما دون العشرة رضا بالعشرة وأما باعتبار أنها رضيت بما دون العشرة أسقطت حقها وحق الشرع على ما قررناه
فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه وقوله ولا معتبر
بانعدام التسمية جواب عن قوله كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما
ولا ترضى فيه بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم تجب العشرة وإنما يجب مهر المثل

خلاف

خلاف الرضا بما دون العشرة فإنه رضا بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندنا وعند زفر وجبت المتعة
عنده كما إذا لم يسم شيئا وقوله ومن سمى مهرا عشرة اعلم أن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد
أمرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت أما الدخول فلأنه يتحقق به تسليم المبدل
وهو البضع وبه أي بتسليم المبدل يتأكد تسليم البدل فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على
عرضية أن يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب
المهر كان على عرضية أن يسقط أو يتشطر بتقبيل ابن الزوج أو الارتداد والعيان ذا بالدخول تأكد
وأما الموت فلأن النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلا للرفع والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب أن يتقرر
بجميع مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فإن النفقة لا تجب بعد الموت
ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح وأما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ونعلم
حكمه من قوله فإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وإن طلقتموهن من قبل أن
تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله والأقيسة
متعارضة جواب عما يقال ينبغي أن يسقط الكل لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما إليها
فيجب أن يسقط كل البدل كما إذا تبايعا ثم تقايلا ووجهه أن الأقيسة متعارضة فإنه يقتضي ذلك كما ذكرت وثم
آخر يقتضي وجوب كل المهر لأنه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري إذا أتلف المبيع قبل
القبض وإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص وفيه بحث من أوجه الأول أن القياس الواحد لا يقوى
على مخالفة النص فضلا عن الأقيسة والثاني أن التعارض إذا ثبت بين الحجتين كان المصير إلى ما بعدهما لا إلى ما قبلهما
والثالث أن القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يترك بل يعمل المجتهد بأيهما شاء وأجيب عن الأول
بأن ذكر معارضة القياس هنا ليس لإثبات الحكم أو بأحدهما بل لبيان أن العمل بهما غير ممكن لتعارضهما أو لمخالفة
كل منهما النص فصار كأنه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع إلى القياس والمعقول فإنا لو خلينا مجرد
القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وإن لم يكن العمل بالقياس من غير نظر إلى النص لزم ترك أحد القياسين
فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الآخرين فإنه لم يكن المعارضة على
حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض هذا أحسن ما وجدته في الأعذار في
هذا البحث وهو كما ترى وقوله وشرط أن يكون قبل الخلوة قد ظهر معناه مما تقدم قال وإذا تزوجها
ولم يسم لها مهرا للمفوضة والتي شرط في نكاحها أن لا مهر لها مهر المثل إذا دخل بها أو مات عنها وكذا إذا ماتت
وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت وأكثر أصحابه على أنه يجب بالدخول له أن المهر خالص حقها فيتمكن من نفيه
ابتداء كما يتمكن من إسقاطه انتهاء ولنا أن المهر وجوبا حق الشرع كما مر وإنما يصير حقها حالة البقاء فتملك الإبراء
دون النفي لأن الأصل أن يلاقي التصرف ما يملكه دون ما لا يملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة
لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ووجه الاستدلال أن الله تعالى قال لا جناح عليكم إن
طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر أي لا جناح عليكم في الطلاق
في الوقت الذي لم يحصل المسيس وفرض الفريضة وأمر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك
يقتضيه أيضا وذكر بكلمة على وهذه المتعة واجبة عندنا احتجاجا بقوله تعالى حقا على المحسنين وأجيب رجوعا
إلى الأمر وغيره وفيه خلاف مالك فإنها عنده مستحبة في جميع الصور لأن الله تعالى سماها إحسانا بقوله تعالى
حقا على المحسنين وأجيب بأن ذلك مصروف إلى التي لها مهر وينصف للإبعاد من الأمر وفيه نظر لأن متاعا مفعول
مؤكد لقوله متعوا والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف إلى المستحب والأولى أن يقال الأمر وكلمة
على في على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله على المحسنين كلها تقتضي الوجوب وإنه

فاما ان يبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان وتاويله لا ارى ابعد له عن التاويل فاول بان معناه على المحسنين الذين
يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها
درع وملحفة وخمار وكانت من القطن من الكرباس او وسطا من القز وكانت مرتفعة الحال من الابريسم وهذا
التقدير اي تقدير العدد مروي عن عايشة وابن عباس وذلك لان المراة تصلي في ثلثة اثواب وتخرج فيها عادة
فيكون متعتها ذلك وقوله لقيامها مقام مهر المثل فان في النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف
مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنفس مهر
المثل في اعتبارها لها من غير نظر الى تمام مهر المثل او نصفه وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه وقوله
والصحيح انه يعتبر حاله هو اختيار ابي بكر الرازي عملا بالنص وهو قوله على الموسع قدره اي على الغني بقدر
حاله وعلى المقتر قدره اي الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة اما ان تكون زايدة على نصف مهر المثل او لا فان
كانت زايدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلي ولكن تقدر بنصفه لجهالة تنصيف الى
خلفه وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر المثل وان لم يكن فاما ان تكون مساوية له او لا فان كانت متساوية فلها
المتعة ايضا عملا بالنص وان لم يكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل
والمتعة خلف ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة وان لم يكن فلها المتعة بالنص فان قيل نص المتعة
مطلق عن هذه التفاصيل فعملها تقييد له وهو نسخ فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم
دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في جمهور من يعتبر مهره مهر المثل بيان لذلك القدر المجمل وكذلك
قوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة دراهم فكان معارضا لاية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فاول
ان كان القواعد الاصولية على ذكرنا وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها
بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي
لانه مفروض والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا تعيين للواجب
بالعقد وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا اما مهر المثل فلانه
الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زاد لها شيئا فانهما
يلزمانه على تقديري الوجوب والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما
نزل منزلته والمراد بما تلا يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم المفروض في العقد لانه هو المتعارف وقوله واذا زاد لها
في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر فانه يقول الزيادة هبة مبتداة لا تلتحق باصل العقد ان قبضت ملكت
والا فلا ووعد المصنف ان يذكره في زيادة الثمن والمثمن فنحن نتبعه في ذلك وقوله لان التنصيف عندهما مختص
بالمفروض في العقد يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه عملا بالظاهر
قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل وقوله على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة **قال** واذا
خلا الزوج بامراته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي
فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع البضع انما يصير مستوفا بالوطي فلا يتاكد المهر دونه لان
التاكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطي ولم يوجد ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدورا
والمقدور للمراة تسليم المراة برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتاكد حقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع
الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما ما ذكر ان المعقود عليه انما يصير مستوفا بالوطي فصحيح لكن ذلك تسليم
وليس في قدرة المراة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك وقوله وان كان احدهما مريضا بيان لما يكون مانعا عن الخلوة
حسا كان او شرعا وقوله وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع بلا خلاف واما المرض من جانبه فقد قيل
ايضا متنوع وقيل انه غير متنوع والا تمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السوا فان الصدر الشهيد

هو الصحيح

هو الصحيح ووجهه ما قال المصنف مرض لا يعري عن تكسر وفتور وقوله وان كان احدهما صائما تطوعا
فلها المهر كله لانه يباح له الافطار واعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير
ان لا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم القضاء في التطوع عندنا لضرورة صيانة المودى
عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى فساد الخلوة بخلاف فساد رمضان فان لزوم
قضائه ليس كذلك بل هو فرض مطلق فكان اثره عاما وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية
المنتقى في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح عدم رواية المنتقى وفي
حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة وهي صوم التطوع
يمنع صحة الخلوة لانه يمنعه عن الوطي شرعا لما فيه من ابطال العمل المؤتمر **قال** واذا خلا المجبوب
المجبوب هو الذي استؤصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها
فلها كمال المهر عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود الة الجماع في المريض وقد
يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر
وسلامة الالة وجود السبب الى الوطي اذ الاصل السلامة في الوصف ايضا فيدار الحكم عليه ولابي
حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد اتت بما وجب عليها واما
عدم التسليم فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة في جميع هذه المسائل يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او
فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فلان الزوجين
لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله عليه السلام من
كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود رعاية نسب الولد وهو حقه فلا تصدق
المراة في ابطال حق الغير بقولها لم يطاني وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطاها بخلاف
المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال لا يحتاج في ايجابه وقوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرح
مختصر الكرخي وكلامه واضح **قال** وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وتستحب
المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي
تجب لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى
يقتضي ان لا تكون المتعة واجبة ويقتضي ان لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد
صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والمختصر وزاد الفقهاء وجامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا يكون المتعة
واجبة للمستثناة عند الشافعي لانه استثناها من الوجوب وذكر في المختصر انها واجبة عنده لهذه المستثناة
ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير الذي ذكرناها من قبل الا المطلقة وهي
وهي التي طلقها الزوج الى اخره قبل الدخول والتسمية والمستحب لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى
لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة واما الشافعي فله في المستثناة قولان
في قوله القديم يجب وهو الذي ذكره صاحب المختصر وفي الجديد لا يجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو موافق
القولين فعلى هذا كانت عندنا على ثلاثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون ملموسة او لا فان
لم تكن فاما ان تكون مهرها مسمى او لا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان فهي المستثناة التي لا يستحب لها المتعة
وان كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى او لم يكن يستحب لها المتعة وعند الشافعي هي تنقسم الى واجبة والى غيرها
واستدل لذلك في الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره المتعة
وجبت صلة من الزوج لايحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب ان يكون لكل من اوحشت به فالمتعة تجب لكل مطلقة
لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ معنى

وهذه الحالة يعود ما لها اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله في فسخ البيع لكن الشرع أوجب نصف المهر عوضا
والمتعة خلف عنه والفائدة تظهر في مسئلتين أحدهما ان المطلقة تطرق المتعة والمتعة لا تتكرر فلا تجب المتعة
لهذه المطلقة وتجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف عنه والفائدة
تظهر في مسئلتين أحدهما ان المطلقة بعد الدخول لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع ثم
فلا تستحق غيره وعنده تستحق لانها صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع والمتعة لوحشة الفراق والثانية
ان المتعة لا تزاد على نصف المهر عندنا بل لا يزيد الخلف على الاصل وعنده يزاد ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في
المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل يسقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض
لا ينفك عنه لقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم على ما عرف في الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل
ولا معنى بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا الى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف لا يجامع
الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض عنده
قبله واعلم انه بقي في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية وبقوله شيئا
منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية وفيه نظر لانه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو
قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع
الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوب تسمية المتعة مع وجوب المسمى
أو بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب أن يقال الاصل هو مهر المثل فالمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيئا
منه المسمى وبعضه ومن هو من المتصلة كما في قوله المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض اي بعضهم متصل ببعض
فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا تجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا
تجامع شيئا متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله فيكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتقدم
لا انه من نتيجته لانه لم يذكر في مقدماته لكنه لما كان متصلا به الحق بحكمه ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى ان كلا
منهما يقع اسما لما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الاصول وبعضه هذا قوله في آخر كلامه فلا تجب مع وجوب شيء
من المهر ليتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في آخر كلامه فلاح هذا الوضع والله أعلم وقوله وهو
غير جان جواب عن قوله أوحشها بالفراق وتقريره سلمنا انه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل ما فعل
باذن الشرع فلا يلحقه الغرامة بوجوب المتعة فكان المتعة تناول المتاع من باب الفضل أي الاستحباب **قال** واذا زوج
الرجل ابنته ° واذا زوج رجلان كل منهما بنته أو اخته للآخر بشرط أن يزوجه بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل
منهما مهر المثل وسمي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا
المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه
لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداقا لابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما بنصفين فيصير النصف للزوج ملك
النكاح والنصف لبنته علم المهر فيلزم الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح
صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير وقوله ولا شركة بدون الاستحقاق
جواب الخصم وبيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا يصلح ان يكون مملوكا لامرأة
اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وان تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة أو على تعليم
القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته لها سنة
جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين يعني سواء كان عبدا أو حرا لان ما يصح أخذ العوض
بالشرط يصلح مهرا لان المعارضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا استاجر شخصا على تعليم القرآن او الاذان
أو الامامة جاز عنده فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع

في عقد

في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى أن تبتغوا باموالكم والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغاء به مشروعا
ولذلك المنافع على أصلنا لانها لا تبقى زمانين والتمول يعتمد زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به
مشروعا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة يمنع
جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع لانه عقد
النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا
لها كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بالاطلاق بخلاف خدمة العبد برضاء فانه يصح
يكون مهرا لانه يسلم فيه رقبته كالمستاجر ولا مناقضة فيه على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد
لانه يخدم المولى معنى حيث يخدمها باذنه وأمره بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهرا لانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة
العبد ابتغاء بالمال ويمكن أن يقال ذكر المصنف على المدعى دليلين أحدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني
قوله ولان خدمة الزوج الحر لا تستحق فذكر العبد مرة باعتبار الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من باب
القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المصنف تسامح لانه قال في الدليل ولنا ان
المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا فان كان محمد داخلا في قوله ولنا فقوله ثم
على قول محمد تجب قيمة للخدمة لان المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب ولهذا دفعا للالتباس
ويمكن أن يجاب عنه بانه داخل بالنسبة الى تعليم القرآن يقال ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال الاخير
ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال عند العقد الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة
فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال
اذ لا يستحق فيه اي لا يستحق الخدمة في النكاح بحال ولو كانت مالا لانه استحق لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر
من الاهل المضاف الى المحل وانتفى وهو كون المهر غير مال وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان بكلمة أو
وهكذا اذ لا يستحق فيه بحال وهو حسن لمعنيين أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لان الخدمة ليست بمال وقوله
اذ لا يستحق فيه دليلا على وجوب مهر المثل ويكون الاول اشارة الى قوله ولنا ان المشروع هو الابتغاء والثاني اشارة
الى قوله ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني أن قوله اذ لا يستحق فيه بحال
لا دليل له على أن الخدمة ليست بمال لا بما لكنه من وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو كون المهر غير مال
لقول المانع حينئذ منحصر في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة اذ ولقائل
أن يقول لقوله وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن أن يجاب
عنه بانه اعاده تمهيدا لبيان التعليل بقوله وهذا أي وجوب مهر المثل لان تقومه للضرورة أي لان تقوم المسمى وهو
للخدمة لضرورة دفع حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم الحلي الحاجة فاذا لم يجب تسليمه في هذا
العقد لمكان المناقض لم يظهر تقومه فبقي الحكم للاصل وهو مهر المثل ولو قال فاذا لم يجز تسليمه كان أولى فاملك
قال فان تزوجها على ألف هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية على قسمين اما أن يتزوجها على ما لا يتعين
بالتعيين كالنقود أو على ما يتعين به كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق
مقبوضا أو لم يكن وكل واحد منهما على وجهين اما ان تهب المرأة الكل أو البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين
وهو الف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج
لم يتوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه ينتصف بالصداق بالنص ولم يصل
اليه عين المال المستوجب ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا يتعينان بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت
هبته هذه الالف كهبة ألف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما يستوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا
أو موزونا أو شيئا آخر في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف ذلك لعدم

التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت فان لم يقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع احدهما على الاخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم لها المهر وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه فلا يبرأ المرأة عما تستحقه وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب اخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لاخر ان لك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الاخر الجارية جاريتك ولي عليك الف لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض اي البعض الذي لم يقبضه حط والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق كمن له على اخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض تظهر فيما اذا اباعته من زوجها **وقوله** والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد عقد معاينة يحتاج الى دفع الضرر عن احد الجانبين بالزيادة والحط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف بقوله الا يرى ان الزيادة يعني ان الحط والزيادة بيان نوع الالحاق باصل العقد والزيادة في النكاح لم يلتحق باصل العقد حتى لا يتنصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق فكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي في مثل ما اذا تزوجها على [illegible] فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة يرجع عليه بتمام نصفه درهم حتى يتم المنصف وعندهما يرجع عليها بربع مائة درهم لان عنده ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانه تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة ولو كان تزوجها على عوض فقبضته او لم يقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا يبرأ عما يستحقه وجه الاستحسان ما ذكره انه حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها لم يكن لها ان تدفع شيئا اخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وفي المسألة الاولى يجب يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعين ولهذا دفعت مكانه شيئا اخر جاز وبخلاف ما اذا اباعته يعني الصداق ان الغرض من زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لذلك يرجع عليه بنصف المهر ولو تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما لا مطلقة او عرض في الذمة صفة المقبوض بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه حينئذ يجب الوسط مما سمي وثبت دينا في الذمة [illegible] المقبوض فكذلك الجواب يعني اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضته او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو نقصته يعني انها لو قبضته يعني عليها رد بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا كان في الرد وكان من جنس ما يتعين بالتعيين واذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير معتبر وان كانت فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر فلا معتبر باختلاف السبب وقوله وهذا لان الجهالة اشارة الى بيان جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض متعين في الرد وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما يحمل في النكاح لا ينافي النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح فانه اذا اشترط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين لتحقق الابتداء عند الحاجة اليه فاذا عين

بالقبض

بالقبض صار كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال الا ان لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير فانها

قال واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة قد تقدم ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فائدة لان فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه سمى ما صلح مهرا وقد تم رضاها به وان لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسألة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من الالف لانه سمى ما لها فيه نفع حتى رضيت بنقص المسمى عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان شرط مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما يبعث به وكما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها صورة المسألة ظاهرة ووجه قول زفر انه ذكر مقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الالف والالفان فيفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم ينفذ النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسألة في فتاوى الولوالجي وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانها لا تدري ان الزوج يخرجها او لا وفي المسألة الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهالة بصفتها لا توجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف لم يذكر وجوه الاقوال واحاله على باب الاجارة على احد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسألة وانما ذكر مسألة الخياطة على ما يجيء ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد اصل هذا ان الضمان الاصلي عند ابي حنيفة مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم يصح للجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى واذا انما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا الوجه فان الاوكس في ذلك متعين واما في الكتاب وقع وابا فالك في مهر المثل اذ هو الاعدل لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لان قيمته منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانه لا تقبل والنقصان بخلاف التسمية لانها تقبلهما وقوله الا ان مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلاثة ووجهه انه كذلك الا ان مهر المثل اذا كان من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا برضاهما **وقوله** الواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يتنصف الارفع فيما وجب فيه الارفع مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة

قال واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صورة المسألة ان يقول تزوجتك على حمار او فرس قال المصنف معنى هذه المسألة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان لم يقل جيد او وسط او ردي الى غير ذلك من اوصافه وذكر ان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ويرد عليه قوله اما اذا لم يسم الجنس بان يتزوج على دابة لا تجوز التسمية ويجب المهر فانه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه

وروي عنه ولم يصح به التسمية والحق أن يقال أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم قوله وقال الشافعي يجب مهر المثل واضح وقوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال معناه أن في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة أما معنى المعاوضة فظاهر وأما معنى التزام المال ابتداء يعني بغير عوض فلأنه معاوضة مال بغير مال فكان كالدية والاقارير حيث يلتزم فيهما ايصال مال من غير أن يكون في مقابلة عوض مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد بأصل الجهالة لأن الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فإن الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقارير فإن من أقر لانسان بشيء صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا أن يكون المسمى مالا معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكوة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط حينئذ لاختلاف معاني الاجناس فإن تزوج امرأة على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه قوله وبخلاف البيع جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه أن مبناه على المضايقة والمماكسة أي المشاححة لأنه معاوضة مال بمال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد بأصل الجهالة أما النكاح فمبناه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم يفحش **وقوله** انما يتخير متعلق بقوله والزوج مخير ومعناه أن لكل واحد من الوسط والقيمة جهة اصالة أما القيمة فلأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الإيفاء وأما الوسط فلأن التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما ويجبر المرأة على القبول بأيهما أتى وقوله وإن تزوجها على ثوب غير موصوف يعني لم يذكر نوعا منه وقوله لأن الثياب أجناس يعني أنها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله وكذا إذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو أن يوصله إلى حد يجوز فيه عقد السلم **وقوله** في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن أبي حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لأنه بتصرف الأجل صار نظير السلم ووجه الظاهر ما ذكره أنها لم تثبت بالمبالغة يلتحق بذوات الأمثال ولهذا يجوز فيه السلم عن أبي يوسف إذا ضرب الأجل يجبر على الدفع وإلا فلا لأنه بضرب الأجل صار نظير السلم ووجه الظاهر ما ذكره أنها ليست من ذوات الأمثال بدليل أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد وكذا إذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه مثل أن يقول تزوجتك على كر حنطة أو من زعفران ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وإن سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا أو مؤجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه وقوله وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه أن قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك وهذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لأن الشرط فيه لا يربوا على ترك التسمية أصلا وذلك لا يفسده فهذا أولى بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لأن الشرط فيه بمعنى الربوا وهو يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة إلى رد قياس مالك النكاح على البيع فإنه قال تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كالبيع عينا بهما وقلنا لم يصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال أي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم يمنع وجوب العين فوجب مهر المثل **قال** فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم أن محمدا مع أبي يوسف في ذوات الأمثال في أن الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع أبي حنيفة في ذوات القيمة في ايجاب مهر المثل في ذوات القيمة ثم الأصل أن المعتبر هو الاشارة عند أبي يوسف في العقود كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد والمصنف قدم دليل أبي يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل أبي حنيفة وقال فيه لكونها تعني الاشارة أبلغ في المقصود وهو التعريف لأن الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء وحصل بها كمال التمييز لأن الاشارة إلى شيء وارادة غيره ممتنعة وأما التسمية فقربها باستعمال

اللفظ

اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له وأخر دليل محمد وكأنه أشار إلى اختياره مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين احداهما أن المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات ما هو موجود في الخارج يصح أن يكون مشارا إليه بإشارة حسية والثانية أن المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده أمرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكية والذكر والأنثى في غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما أكثر فيفحش التفاوت كالخل والخمر فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والشدة في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه والجارية والعبد فإن الفاصل بينهما الاسم والصفة فإذا ظهر هذا فإذا اجتمعت التسمية والاشارة في العقد فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار إليه لأن التسمية هناك لا تدل على ماهية أخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار إليه لأنه هو المشار إليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتبعيتها وإن كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى لأن التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار إليه فيكون المسمى مثل المشار إليه في الاستحقاق أن يكون مرادا ولا يكون تابعا له لأن المقتضي لعدم مرتبة لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين من حيث أنها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذاتا مشارا إليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل وأزيدك بيانا وهو أن كل موضع دلت التسمية فيه على معنى تحقق المشار إليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فإن صفة كونه عبدا إذا ارتفعت عاد حرا لعدم الواسطة وكذا في الميتة والمذكية والذكر والأنثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان فإن صفة كونه خلا إذا ارتفع لا يلزم أن يكون خمرا لجواز أن يكون عصيرا وكذا إذا ارتفع كونها جارية لا يلزم أن يكون عبدا لجواز أن يكون حرا وعلى هذا إذا تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يعتبر الاشارة والاشارة إلى الحر يخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا فكأنه تزوجها على عبد فليس لها إلا ذلك ولا يجب مهر المثل لأنهما لا يجتمعان ووجه قول أبي يوسف ظاهر وكذا قول محمد لأنه في الجنس الواحد يعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فإذا كان أحدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل والمصنف ذكر في دليل أبي حنيفة رحمه الله قوله لأنه مسمى بناء على ما ذكرناه أن الاشارة أبطلت العقد الثاني وقوله ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل اعترض عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال وإن أخرجها فلها مهر المثل وبما قال في الزيادات أن الرجل إذا تزوج امرأة على ألف درهم وعلى أن يعتق أباها فإن لم يوف بالشرط فلها الألف إلى تمام مهر المثل وهذا يدل على أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل وأجيب أن ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل وأجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر مثلها وأما الحر فلم يستحق أصلا بأن الوقوف على ما شرط غير ممكن لأنه شرط على خطر الوجود فلو لم يجب لها إلى تمام مهر المثل لزم منها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه أما ههنا فيمكن أن توقف على ما أشار إليه قبل النكاح بالنظر فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها **قال** وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد الخ النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الأخت في عدة الأخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله هو تعتبره بالبيع الفاسد يعني أن القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وإن زادت على الثمن فكذا مهر المثل وإن زاد على المسمى لكون كل واحد موجبا أصليا فإذا تعذر بالفساد يرجع إلى الموجب الأصلي ولنا أن المستوفى به ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا إلى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بلا تسمية وهو عقد المفوضة إذا كان صحيحا ولكن

مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي أن لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب
لا بعد ابراء التسمية أي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت هل هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على
مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انقصت منه وهي ان كانت فاسدة تحت شمول العدم وان كانت تحت شمول الوجوب فلتحكم
من وجه دون وجه صحيح من حيث أن المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد
فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا انقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما
قيد المستوفى بقوله بعد العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هناك ليس بما لم ينعقد من التسمية
بل بالعقد وقوله بخلاف البيع جواب عن قياس زفر وهو واضح وقوله عليها العدة يعني في النكاح الفاسد اذا دخل
بها لما ذكر أن الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة وتعين الجماع في القبل حتى
يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقة اي الثابت من وجه كالثابت من كل وجه في موضع الاحتياط
وكان قوله تحرزا عن اشتباه النسب تفسيرا للاحتياط بطريق العطف ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر
الوطئات وقال زفر تعتبر من اخر الوطئات حتى اذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلث حيض ثم فرق القاضي يعيد
عندنا وعنده تكون عدتها منقضية (وقوله) هو الصحيح احترازا عن قول زفر وقوله لانها تجب باعتبار شبهة النكاح
يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعها بالتفريق وقوله التفريق في موضعين يشير
الى انه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لواحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من
صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا
بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك
بعد القبض فاما أن يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما واما أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ارتفعا
الى الحاكم (وقوله) ويثبت نسب ولدها ظاهر مما تقدم وقوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد
رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على
قول محمد لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره اي اقامة النكاح كما في النكاح الصحيح مقام الوطي باعتبار
أن النكاح داع الى الوطي والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليل هذا اشارة الى فساد قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله (قال) ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها اعلم أن مهر مثل المرأة يعتبر
بعشيرتها التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى تعتبر بامها وقوم امها كالخالات
ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل
نسائها وهن اقارب الاب لانه اضاف اليها وانما تضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشيء انما تعرف
بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان من جنس قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا ترى أن الام قد تكون امة والابنة تكون
قرشية تبعا لابيها ولا معتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها وخالتها
تكون من قبيلتها وقوله لما بينا اشارة الى قوله وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه وقوله ويعتبر
في مهر المثل ظاهر وقوله باختلاف الدار اي البلد وحاصله أن مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع
الى نظيره بصفته والمراد بالسن وقت التزوج واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن
لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة
والضمان يصحان فيه فان قلت يجوز أن يكون مراده أن الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمرأة قلت يتناوله
قوله ثم المرأة بالخيار وان كان ما في الصحيح سواء وذكر في باب الولاية من شرح الطحاوي أن الاب اذا زوج الصغير
امرأة فللمرأة أن تطالب المهر من ابي الزوج فيؤدي الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب بالقضاء صريحا
بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمرأة أن تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن (وقوله) ثم المرأة بالخيار ظاهر

وقوله ويصح

وقوله ويصح ابراؤه أي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك قبضه أي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الابن
الصغير وقوله ولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال أن الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل
يملك قبض الثمن فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه والوكيل لا يجوز هناك فكذلك في الاب وقوله وللمرأة
أن تمنع نفسها اذا تزوج امرأة على مهر فاما أن يكون المهر كله معجلا او مؤجلا او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا
فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل بها فللمرأة أن تمنع نفسها حتى تاخذ المهر ولها أن تمنعه عن
اخراجها الى السفر ليتعين حقها في البدل وهو المهر كما تعين حقه في المبدل وهو البضع وصار كالبيع في أن
للبايع أن يحبس المبيع حتى ياخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج
عن منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس حق الاستيفاء قبل الايفاء
دخل بها فكذا وان كان الكل مؤجلا فاما ان دخل او لم يدخل فان لم يدخل فليس لها أن تمنع نفسها لانها
اسقطت حقها بالتأجيل وفيه خلاف ابي يوسف فان موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر اولا فاذا كان أجلا
فرضي قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتأخير حقه الى أن يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق
البيع لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع لا محالة الا ترى أن البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم احد البدلين
اولا فلم يكن المشتري راضيا بتأخير حقه في البيع الى أن يوفي الثمن وقوله لاسقاطها حقها بالتأجيل بالاتفاق
يشير الى انه ليس لها المنع قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان
هذا العقد ما اوجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة
ومحمد فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى (قال) وان دخل بها يعني في الوجه الاول فكذلك الجواب
عند ابي حنيفة رحمه الله يعني للمرأة أن تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان الدخول
برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلوة بها
ان كانت برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط حقها بالاتفاق ويبتني على هذا استحقاق النفقة
يستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا يستحقها عندهما لانها ناشزة لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما
اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر وبتسليمه لم يبق حق الحبس كالبايع اذا سلم المبيع وقوله
ولها انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم والتصرف في البضع المحترم لا يخلى
عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح وقوله والمتأكد بالواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها
جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها أن تخرج قبل اداء المعجل فاذا ادى لم يكن لها
ذلك الا باذنه فان قلت فان سكتوا ساكتين عن التعجيل والتأجيل كيف ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا وقد اشير الى ذلك
في دليل ابي يوسف انفا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله فاذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن
من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه ابي الليث لان الغريب يؤذى قال ظهير الدين المرغيناني
الاخذ بقول الله اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي الليث ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى لان قوله
تعالى من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله ولا تضاروهن وفي نقلها الى غير القرية
لا تتحقق الغربة سئل ابو القاسم الصفار عن خروجها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذاك
نقلة وليس بسفر واخراجها من بلدها الى بلد سفر وليس بنقلة (قال) ومن تزوج امرأة ثم
اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما أن يكون في حياتهما او في حياة الزوج بعد موتها
أو يكون بعد موت احدهما فان كان في حياتهما فاما أن يكون قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما أن
يكون الاختلاف في اصل التسمية او في مقدار التسمية اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة

بعد الدخول او بعد موت احدهما فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول ابي يوسف ان المراد به ما يكون ما دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده ان يدعي شيئا قليلا لا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة القول قول المشتري الا ان يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا وقوله لا يصار اليه اي الى مهر المثل وقوله وهو قول فيان قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما خصهما بالذكر لان عند ابي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور وقوله لان المتعة موجبة بعد الطلاق اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فيحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله وقوله ووجه التوفيق اي بين رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح **وقوله** فالقول قوله يعني مع اليمين لان الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضي عليه بالفي درهم كما لو اقر لان النكول اقرار وان كان العقد فالقول قولها اي مع يمينها لان الزوج يدعي عليها الحط وهي تنكر فان نكلت يقضي بالف درهم لانها اقرت بالحط وان حلفت تقضي لها بالفي درهم الف بطريق التسمية لانهما اتفقا على تسمية الالف والالف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا انه يخير الزوج في هذه الالف ان شاء اعطى الدنانير وانما امر البينة في الوجهين اي فيما اذا اشهد مهر المثل للزوج وفيما اذا اشهد مهر المثل للمرأة تقبل واذا اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للزوج تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل بينته لانها تثبت الحط والاصل في هذا هو ان البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهرا ولو كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا لان الزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تدعي عليه الزيادة اي تقرع القاضي بينهما في البداية لاستوائهما فان نكل الزوج يقضي بالف وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحا وان نكلت المرأة وجب المسمى الفا لانها اقرت بالحط وان حلفا جميعا وجب الف وخمسمائة الف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لانهما اتفقا على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما ما يقضى بالف وخمسمائة الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص محمد في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لانها تثبت الزيادة وذكر الامام الجوزجاني بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانهما لا تناكرا وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مثبتة دعواه لا وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلثة على قول ابي حنيفة ومحمد وهي ان يكون مهر المثل له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل وان اختلفا بعد التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول ابي بكر اصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب المهر وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر من الاصل في الدعاوى ان قول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الاخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع المركب اما عندهما فلان الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما ابين الحي وورثة الميت فالجواب فيه كالجواب في حياتهما في الاصل والمقدار الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما الا ترى الى مسئلة المفوضة اذا مات احدهما وعنده قول الزوج او ورثته لما تقدم ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل خلافا لابي يوسف فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة يحكم مهر المثل وهو قياس قول ابي حنيفة لكنه تركه استحسانا لما نذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول قول من انكره لا يحكم مهر المثل وقوله

لما

لما نبينه من بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول وهو وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته اما بثبوته بالبينة او بالتصادق وقد تأكدت بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وهو فيان قوله ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانها فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير الى ان وضع المسئلة وصورته التقادم وقد روي انه استدرك فقال ارايت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل وعلى هذا اذا لم يتقادم العهد قضي بان لم تخلف مهر مثل هذه المرأة يقضي بمهر مثلها وللمشايخ طريق اخر وهو ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تاكد بالموت ومن بعث الى امرأته شيئا ظاهر وقوله فالقول قوله اي مع اليمين فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترده وترجع بما بقي من المهر وان كان هالكا لم ترجع وقوله لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب وقوله ما يجب عليه انما قيد بالوجوب لانه اذا ابعث الخف والملاءة كان له ان يحتسب من المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله وغيره قبل جماع البنت

فصل

لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصل في الشرائع شرع في من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي واقول يجوز ان يكون اطلقه ليتناول المستامن ايضا وذلك في دينهم اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال وليس لها مهر وان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة ووافقاه في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات عنها فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر في الحربيين ايضا وقال الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح ابتغاء بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم ولهما ان اهل الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر ولا يكون الحكم عليهم الا بالالتزام ولا الالزام الا بالولاية وقد انقطع الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة قد وجد منهم فكان كالزنا والربو فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا الكن ولاية الالتزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصوم والصلاة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات اهنا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف والحاجة لا نقطاعهم عما عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع الولاية وقوله بخلاف الزنا والربا جواب عن قولهما كالزنا والربوا وتحقيقه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركون عليه والربوا مستثنى من عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد الا حرف تنبيه

لا حرف استثنا كذا السماع والنسخ وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان يعني عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما لا وفي رواية لا يجب شي وعلى هذه الرواية الاخرى وهو رواية الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فالغالب يتقوم عند احد فكانت الدوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان الخمر احد المالين يتقوم لم يتقوم لم يبد ظاهر قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون فيجب حكم الشرع والاصح ان الكل على الخلاف عنده لا يجب شي وعندهما يجب مهر المثل وقوله فان تزوج الذمي ذمية ظاهر وقوله وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين او غير معينين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين اي في المعين وغير المعين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال ابو يوسف فيهما مهر المثل ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل عن قيمة الخمر والخنزير لانهما اتفقا في ان لا يوجب عين الخمر والخنزير ان القبض مؤكد للملك في المقبوض ولهذا ينتصف الصداق بالطلاق قبل الدخول بها اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شي الا بالرضا او القضا واذا امر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا يجب الزكوة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده والمؤكد للملك شبه بالعقد لافادته ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتدا التملك بالعقد بعد الاسلام الحاقا بشبهة العقد بحقيقته في الحرمان وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما في افادة ما لم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه محمد ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه ولو هلك هلك على ملكها وكل ما يتم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك ان الانتقال لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لانه يقيد وجوب الدين في ذمته والقبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام عن ملك الخمر والخنزير وقوله بخلاف المشتري يتصل بقوله ان الملك في الصداق المعين الي اخره يعني بخلاف ما اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه

قوله واذا تعذر القبض في غير المعين ظاهر وقوله ولو طلقها الى اخره يعني على قول ابي حنيفة رحمه الله في العين لها نصف العين وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف لها المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما العبد فبخلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق يتبع النكاح ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر

رواه ابو داود واخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى عبدا او امة فظهر متزوجا كان له ان يرده ولم يكن لهما تعييب انفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بدون اذنه وفي هذا التعليل جواب لمالك فان الطلاق ازالة للعيب ولا يلزم من جواز ازالة العيب جواز تعييبهما انفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها ان لزم من ذلك تعييبه فهو ضمني لا معتبر به وموضعه الاصول

وقوله وكذا المكاتب ظاهر وقوله لما تلي يعني قوله لانه من باب الاكتساب وقوله فالمهر دين في رقبته يباع لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل المصنف لقوله لان هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة يباع الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته واما وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما فيه وقوله دفعا للمضرة عن اصحاب الديون يعني النسا وقوله فليس هذا باجازة لانه اي قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومتاركة الا ترى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقها كان متاركة واذا احتمل الامرين حمل على ادناهما وهو المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد وقوله وهو اي الرد ادنى لانه دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع وكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهو الامتنان على راي المولى وان قال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبد كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا من النسا لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النسا لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان اصلا في اثبات الاهلية للتصرف فان الشرع لا يثبت اقتضاء كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما يعرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية له وقوله ومن قال لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهران وتقيده بالاشارة والامة اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الامة كذلك ويبنى على الاصل المذكور حكمان احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني انه اذا تزوج اخرى بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند ابي حنيفة لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجه الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف انه ما تزوج امراة في الماضي وكان تزوج صحيحا او فاسدا احنث في يمينه كذا في المبسوط وقوله كما في البيع يعني انه اذا امره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد وقوله على هذه الطريقة يريد طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولان كان قول والعدة لابي حنيفة ان مبنى الايمان على العرف ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امراة جاز والمراة اسوة للغرما اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله وجه ذلك ان المقتضي موجود وهو ولايته وان الحق المتعلق وانتفاء المولى لحق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرما بالابطال مقصودا منتف وان الحق المقتضي وانتفاء المانع ثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان الممانعة انما تحقق بذلك واما اذا كان ضمنا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محليته بالادمية وحق الغرما الابلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال فكان الدين كالاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة فمهر مثلها اسوة للغرما واما اذا كان اكثر منه فلانها بقي بل يؤخر الى استيفائهم

حقهم كدين الصحة مع دين المرض قال ومن زوج أمته تبوأ للرجل منزلا وبوأه منزلا اي هيأه
وملكت لديه • ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها اي يهيئها بيتا للزوج بيت اليها لكنها تخدم المولى ويقال للزوج
متى ظفرت بها وطئتها وانما يقال ذلك لتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع
سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال
الكثير فلذا لم يبوئها وان لا يبوئها وان اتخذ مهما بعد التبوئة لكن يسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله لان النفقة
تقابل الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها لاستيفاء
الصداق اجيب بان المراة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما التزمه وههنا ليس
من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوأها معه بيتا فولدت
من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك وقوله ذكر في المولى يعني
ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما
على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ وقوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو
سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا اخذ ربما يقع الدم مهلكا او جارحا ففي الاول الهلاك ماله وفي الثاني نقصانه
فانه اذا اشترى عبدا قد زنى فله ان يرده فيملكه الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية
وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط في جواز نكاح الامة جبرا املاك
منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المراة ولا يقدر على تزويجها والولي
يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك
لجاز في المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما
يدا التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة يتوقف النكاح
على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على المكاتبة ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح
موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة
قال في النهاية وهذه من لطف المسائل واعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حالة رقها ولم يعتبر في حالة العتق
لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته فماتت قبل الدخول بها فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان
قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا مهر عليه للمولى قالا المقتول ميت باجله عندنا اهل الحق ولا فرق
بين الصور الثلث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة تجازى بمنع البدل
عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارضعت من امر زوجها
والمجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث تبانتا ولم يسقط المهر وذلك
لانهما ليستا من اهل المجازاة واجيب بان مجازاة الصغيرة انما يكون على افعال غير محظورة في حقها والردة محظورة
اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم الميراث بسببها وتثاب بالجبر وقوله والقتل في احكام الدنيا جواب عن قولهما
لان الميت مقتول باجله وان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر وهو يعتبره بالردة
وقتل المولى امته بما بيناه من الجامع انه تفويت منع المبدل قبل التسليم وقوله ولنا ان جناية المرء ظاهر
وقوله حتى يجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطأ ولذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين
قال واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى هذه المسئلة دالة على جواز العزل
وسئل ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا باس ولو ان الله تعالى اخذ ميثاق نسمة فلو القاها في صخرة لخلق فيها
وروى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وهو ثلثة اقسام عزل
عن الامة المملوكة ولا اذن فيه الى احد وعزل عن الحرة والاذن في العزل اليها وهذا بالاتفاق وعزل

عن الامة

عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن اختلاف كما ذكر في الكتاب وهو واضح وان تزوجت باذن مولاها او زوجها
مولاها فلها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي
رضي الله عنه ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روي ان عايشة رضي
الله عنها لما ارادت ان تعتق مملوكين لها متناكحين سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فامرها بالبداءة
بالغلام قالت وانما امرها بذلك كيلا يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عند عدم الكفاءة وهي موجودة
في الحر ولنا ان عايشة رضي الله عنها اعتقت بريرة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك
فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر من الشارع مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من
باب قوله سهى فسجد قال الشافعي رحمه الله محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم
عن ابيه عن عايشة رضي الله عنها ان بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروى ايضا
باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها النبي صلى الله عليه
وسلم وامرها ان تعتد فانى يكون الشافعي به محجوجا قلت روى البخاري ومسلم وابو داود ايضا والنسائي
والترمذي وابن ماجة واحمد رحمهم الله ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت الروايات تركناهما
وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح في التقرير بان المثبت
اولى من النافي فطلبت ثمة وقوله ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان عدة الطلاق
عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حرا واجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابتة بدليل
قوي على ما يجيء فيلزم عليها الزيادة اذا اعتقت واذا كان حرا ولا نسلم ان امره عليه السلام بالبداءة بالغلام
لذلك وان كان لاظهار فضيلة الرجال على النساء فانه لو اعتقهما معا لم يثبت الخيار ايضا عنده وليس ثبوت الخيار
في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الا ترى ان الزوج ان اعسر حتى خرج عن كفاءتها
لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت
باذن مولاها ثم اعتقت كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر لا خيار لها
لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فان المهر لها
والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليلنا ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح
ولا خيار لها اما النكاح فلوجود المقتضي وقوله لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونهما
من اهل العبارة وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق
فلا يتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خص الامة بالذكر ليبني المسئلة
المتعلقة بالمهر عليها لانها لا تتاتى في حق العبد ويجوز ان يكون تخصيصها بالامة لتفريع مسئلة الخيار لانها تختص بالاما
دون العبيد وقوله فان كانت تزوجت بغير اذنه ظاهر وانما قال في صورة المسئلة ان المسمى الف ومهر المثل ليعلم ان
المسمى وان زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي ان يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما
زاد للمراة لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمة لا الزائد على قيمة
ملكه وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت العقد والمانع وجوده
تحت التسمية ووجب المسمى للمولى ان اعتقها بعد الدخول وللامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد
والمانع عن الاستناد قائم لان المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا الا ترى ان الامة اذا ارتدت حرمت
غليظة على زوج كان لها قبل ذلك ولو تزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا يجب وجها الاول باعتبار ان
العقد معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق اجيب بان ذكرتم قياس فان القياس يقول ان يلزمه مهران
مهر بالدخول قبل نفاذ العقد وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرتم من وجود المانع عن الاستناد الا انهم

الحد ثم اتفقا لو ابلها من مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب
الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا
كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ما ذكره الشارح لو نزل والاولى ان يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان
الملك وانما هو الحاجة الى صيانته عن الاضرار بالمولى فمتى اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولى
من وقت وجوبه فيثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطي في نكاح موقوف
الى اجره واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول اما كان لان الاستناد يظهر
في القائم لا في المتلاشي والمستوفى بالوطي متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهو قوله
وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد يجب ان يكون المهر للمولى كما لو تزوجت
باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى اعتقها اجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف
وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة وزمان العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت فبطل في
الاستناد من حيث يثبت **قال** ومن وطئ امة ابنه ۞ ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فادعاه فهي ام ولد
له وعليه قيمتها دون المهر وانما قال ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب لان محمدا لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير
ووجهه ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء وروت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا من اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكان من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة
الى البقاء فله ولاية تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء فان قيل لو كان صيانة الماء لبقاء النفس لما وجب عليه القيمة
كما في الطعام اجاب بقوله غير ان الحاجة الى ابقاء نفسه ولهذا الاب يجبر الولد على اعطاء الجارية والحاجة للاستيلاد لكونه
غير ضروري ولهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان عورض بان الاستيلاد يعتمد الملك كما في
المملوكة او حق الملك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد
شرطا له اذ المصحح حقيقة للاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه على ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج
بها فلابد من تقديمه لانه بعدما علق الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت
له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط واذا تقدم كان الوطي واقعا في ملكه فلا يلزم العقر
وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه يسقط الاحصان بهذا الوطي
ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاسا بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر والمسئلة
معروفة يعني في شرح الجامع الصغير وغيرها ان الملك يثبت عندنا قبل الاستيلاد شرطا وعندهما بعده حكما له والذي
ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الملك حتى لولا
عنه امتلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلابد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وعورض
بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا جاءت بولد فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع
ملك وذلك يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطي وبانه لو وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله
لما وجب وبانه اذا اقدم انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاول بانا نقدم الملك احترازا عن وقوع
الاستيلاد في غير الملك وكان في تلك المسئلة نوع من الملك ثابت فلا احتياج الى تقديمه وعن الثانية بان اثبات الملك بطريق
التقدم كان لصيانة نفسه عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود هنا وعن الثالثة بان تقدم
الملك اجتهادي فكان فيه شبهة يندرئ بها الحد ولو كان الولد زوج جاريته اباه الى اباه لم يصر ام ولد له ولا قيمة عليه
وعليه المهر وولده حر لانه صح التزويج عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان للاب حق الملك في مال ولده حتى
لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزوجها اياها كالمولى اذا

تزوج

تزوج امة من كسب مكاتبه لان حق الملك في مال ولده اظهر الا ترى ان استيلاده في جارية الابن صحيح واستيلاد المولى
امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطي ونفاذ العتق
وصحة البيع والرهن والهبة فمن المحال ان يملكها الاب بوجه من الوجوه والا لما كان الابن مالكها من كل وجه وذلك خلف
باطل وكذا يملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه وقوله الا انه يسقط
الحد للشبهة جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره في الكتاب واذا كان خاليا عن
ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا تصير ام ولده
وقال زفر تصير ام ولد له لانه لو استولدها بالفجور صارت ام ولد له فاذا استولدها بنكاح صحيح او شبهة نكاح
اولى ان تصير ام ولد له ولنا ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا
لصيانة الماء وقوله ولا قيمة عليه فيها ظاهر **وقوله** واذا كانت الحرة تحت عبد واضح الالفاظ بيّنه يكلمه
وقوله لصحة العتق عنه اي عن الامر عنه وقوله اعتق طلب التمليك منه تقديره اعتق عبدك الذي هو لك في الحال
عن بيعك لي اياه بطريق الوكالة عني فيكون امرا باعتاق عبد الامر عنه وقوله اعتقه يكون بمعنى قوله فبعته بذلك
واعتقته عنك فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق عن الامر المامور بالاتفاق فلا يكون المقتضي اقوى من التصريح به
اجيب بان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات تثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فاذا
ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا
المراة عبدها فان قيل وجب ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك ثابت ههنا بطريق
الاقتضاء والثابت ضرورة يثبت بقدر صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح الثاني ان الملك ههنا بطريق الاقتضاء
كما يثبت يزول حكما للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحة موكله لا يفسد النكاح لانه
كما ثبت زال اجيب عن الاول بان الشيء اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق
ولازم اللازم لازم وعن الثاني بان الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الائمة وابي طاهر الدباس سلمنا ان الملك
يثبت للوكيل انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله لانه
يعني ابا يوسف تقدم التمليك بغير عوض هبة تصحيحا لتصرفه اي لتصرف الامر لما ان تصحيح كلام العاقل واجب مهما
امكن وقد امكن ههنا باسقاط اعتبار القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان
يمكن باسقاط الشرط اولى فكان كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة
من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض او بغيره ولنا ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم
لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه ولا انابته اقتضاء وقوله لا اسقاطه ولا انابته اشارة الى ان فيه
طريقين احدهما ان يسقط القبض كما سقط القبول والثاني ان يجعل القبض موجودا تقديرا وقوله لانه فعل
حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله اعتقت هذا بالنسبة الى اسقاطه فيما
لانه فعل حسي والفعل لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فصح ان يثبت في ضمنه وقوله
وفي تلك المسئلة اي مسئلة الامر بالاطعام الفقير ينوب عن الامر في القبض كالفقير في باب الزكوة ثبوت قبضه عن
الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف للملك وتمام تقرير هذه
المسئلة يطلب في التقرير

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب
الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو ادون منزلة واخس منهم مرتبة وهم اهل الشرك الذين لا كتاب لهم واذا
تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه قيد بعدة كافر لانه لو كان في
عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة
حتى تكون في عدته ويجوز ان يتصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم وهذا عند ابي حنيفة

رحمه الله وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول وهو التزوج بغير شهود كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني وهو
التزوج في عدة كافر اخرجا كما قال زفر له ان الخطابات عامة لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود ونحوه عام كما مر من قبل
فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما نترك عبادة الصنم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا
والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم اي الهوى ولهما ان
المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين بها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه
ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكنا لا نتعرض لمكان عقد الذمة واذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة
غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا نفرق بينهما
بالاجماع ولابي حنيفة ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكون نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة اما ان يكون للشرع
او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولهذا لم يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه
لا يعتقده ولان هذا الوضع على ذلك الفرض فكان النكاح واقعا ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدور الركن من
اهله مضافا الى محله وانتفاء المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع متحقق وهو اعتقاده الحرمة واذا
صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها ولهذا لو مات الشهود لم
يبطل النكاح وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة تجب عليها العدة مبانية
لحق الواطئ ولا تبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير الى ان العدة لا تجب على الكافر وهو الاصح وقال بعضهم
تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة
الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تنافي العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه او خامسة ثم اسلم
او ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان لنكاح المحارم
حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذا اسلم وجب التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة واما
عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا ان الحرمة اما ان يكون للشرع او للزوج الى آخره وقوله في الصحيح احتراز
عن قول مشايخ العراق ان له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء وقوله لان المحرمية
جواب عن هذا التشكيك وتحريره ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة
فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر ثم باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وكذلك بمرافعة احدهما
وطلبه حكم الاسلام عندهما لان اسلام احدهما كاسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع احدهما يكون كرفعهما لانه
برفعهما انقاد حكم الاسلام كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة فلا نفرق برفع احدهما لان الآخر قد استحق باعتقاده بقاء
هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل تعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا
يعارض اسلام المسلم يعلو الاسلام ولا يعلى عليه واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما
ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى لعموم ولايته وقوله ولا يجوز ان يتزوج المرتد
واضح وقوله بل لمصالحه يريد به السكن والازدواج والتوالد والتناسل وقوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد
على دينه فكيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر كان واجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان
اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بولد وقوله والشافعي يخالفنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي
يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمته فكذلك وقع التعارض والكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم ونحن
بينا الترجيح وقوله لان فيه نظرا له فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح ثم ان يقوم الحجة فلما
رجحنا بدفع التعارض وترجيحه برفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع لان كل من دافع لا يرفع قال وإذا
المرأة وزوجها كافر ادى به اطلاق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء النكاح نكاح المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوج

بالمجوسية

بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح وقوله كما في الطلاق يريد ان نفس الطلاق
قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرتفع الا بعد انقضاء العدة وقوله الى ان تحيض ثلاث حيض ليس بصواب لان العدة
عنده بالاطهار وقيل معناه كان الشافعي يقول ينبغي ان يتأجل عنده الى ثلاث حيض ويجوز ان يقال هذه المدة
لم يعتبر بالعدة بل للتفريق وما لم يعتبر لها يعتبر فيه الحيض ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت وتقريره باسلام
المرأة او زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان يكون هو الاسلام
او كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على كفره
قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فواتها بقاء فلا بد من امر غيرهما فعرضنا الاسلام ليحصل المقاصد
به ان اسلم او يثبت ما يصلح لذلك وهو الاباء فان الاباء عنه صالح لسبب النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف
ما يستلزمه الفوات وهو الفرق فكانت مضافة الى الاباء وفي كلام المصنف نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال
فوات المقاصد يصلح سببا يبنى عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل زال عنك
شبهة الشبهة ولما فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع ابي يوسف في ان الفرقة لا يكون طلاقا ووجهه قوله
ما ذكره ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى اذ يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه
لا يكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية ولهما ان الزوج امتنع
بالاباء عن الامساك بالمعروف فناب القاضي منابه في التسريح باحسان كما في الجب والعنة وقوله ثم قد ربه علم بالاسلام
زيادة تأكيد وارى ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة وقوله اما المرأة فليست
باهل الطلاق واضح وقوله فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو وتعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها
فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله واذا اسلمت المرأة في
دار الحرب ظاهر وقوله والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يتبع عليه
الافراد البلغاء وقوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهي مضي الحيض الثلاث اذا كانت ممن تحيض او ثلاثة اشهر ان لم تحض
مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام وكأنه اراد به سبب بطريق النيابة
والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء وقوله كما في حفر البئر يعني من قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل
اضافة التلف الى ثقل الواقع في البئر الذي حفرت على قارعة لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا تعدي فيه
ثم اضافته الى السبب وهو المشي وقد تعذرت لذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيف الى الشرط
وهو حفر البئر لانه لم يعارضه العلة والسبب وكذا شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لانه
في غير ملك الحافر وموضعه اصول الفقه ثم المرأة اذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ما سيأتي حكم المهاجرة
واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا
والشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام وقوله فان كانت قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان
كانت بعده فبعد العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فيستوي فيها الدخول وغيره وهذا لان
الزوج في صورة الطلاق لما باشر سبب الفرقة وهو الطلاق جاز ان يعتبر السبب في الحال اذا كان قبل
الدخول فلا احتياج الى مضي العدة واما ههنا فالفرض انه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان
واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وقوله وان كانت هي
المسلمة ظاهر وقوله اسهل من الابتداء فكم من شيء يحتمل في النكاح حالة البقاء وان لم يحتمل في الابتداء الا ترى
ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطئ بشبهة ابتداء والله اعلم
قال واذا خرج احد الزوجين الينا صورة المسألة ظاهرة والحاصل له ذلك وتقرير دليله ان
التباين اثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فانقطعت

الولاية اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط ما لاليه عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته
انقطعت ولم يؤثر في الفرقة وهذا الابطال لدليل الخصم وقوله واما السبي فيقتضي الصفا للسابي ولا يتحقق الصفا
له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفا يسقط الدين عن ذمة المسبي لاثبات المذهب وكنا ان
ان المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي
انتظام المصالح يقطع النكاح كالحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم
ان لا يكون في الدارين التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات المذاهب
وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة رد لدليل الخصم وتقريره السبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي
النكاح ابتداء ولهذا لو زوج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح
مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحرم وغيره سواء كما اذا تقرر بالحرمية والرضاع وقوله وصار اي صار
السبي كالشري من حيث ان النكاح لا يفسد بالشري فكذلك بالسبي لعدم المنافاة وقوله ثم هو اي السبي يقتضي
الصفا اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفا لكن في محل عمله وهو المال فهي تثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلو
لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية وقد اندرج في
هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها في الرقبة
وقوله في المستامن جواب عن قوله كالحربي المستامن او المسلم المستامن وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك
فان المستامن وان وجد ابه المستامن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة اي
تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع الى ما هاجرت عنه ابدا جاز ان
تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعدما خرجت دار الاسلام وكل فرقة
كانت لذلك يلزمها احكام الاسلام كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة لاظهار خطر النكاح ولا خطر
لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب
بانها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة اورثت تباين الدارين
وهو لا يؤثر على الموت ولو مات وجبت العدة فليجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمان حكما
فلزمته العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطهما حقيقة وحكما فتزول ملكه لا الى اثر وحاصله ان التباين
يؤثر على الموت الا ترى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد عن
ابي حنيفة رحمهما الله لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع ايضا كام الولد
حملت من مولاها الا تزوجها حتى تضع وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها
زوجها حتى تضع حملها لانه لا حرمة للحربي فجزوه اولى كالحامل من الزنى فانه لا حرمة لماء الزاني قيل والاول
اصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحامل من الزنا وحقيقته ان الحمل من الغير يمنع الوطي مطلقا وثابت النسب محترم
يمنع النكاح احتياطا دون غيره **قال** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام اذا ارتد احد الزوجين
والعياذ بالله وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل بها وعند الشافعي ان لم يدخل فكذلك
وان دخل فهي تتوقف على انقضاء العدة بناء على ما ذكرنا له من تاكد النكاح وعدم تاكده وكانت الفرقة بغير طلاق
حتى لا تنتقص عدة الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج
فهي فرقة بطلاق وان كانت من المرأة فبغير طلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه يعني قوله امتنع عن الامساك
بالمعروف وابو يوسف مر على ما اصلناه في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص
بالزوج وابو يوسف وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الاباء والارتداد اذ جعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة
ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال ويبطل الملك والنكاح والطلاق

ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد تحققه مستتبعا عنه والمستتبع عن الشي الرافع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا بخلاف
الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف وليس بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على ما مر واعترض بوجهين احدهما
ان الردة لا ينافي ملك العين بل يصير موقوفا فاما بالك بملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية
لما وقع طلاق المرتد على امرأته هذه الردة كما في الحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول ان ما يرجع الى المحل
فالابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء ولو نفت تحيل ملك العين في الشراء ابتداء فكذا بقاء
وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره وحيث كانت الحلية متصورة العود بالتوبة امكن ظهور اثره
فكان معتبرا بخلاف الحرمية فان الحلية غير متصورة ابدا فلا يمكن ظهور اثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق
بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح
فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق
بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشي في غير محله
مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها
في دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال ابو
يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية عنده وقوله ولهذا يتوقف الفرقة توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون
الاباء وقوله ثم ان كان الزوج ظاهر وقوله ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل
بها الا الى ما يليه لان المسألة اذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا تجب النفقة عليه وجها لجنيد لارتياب
احدنا عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول بها وقوله لان الفرقة من قبلها يعني فكانت
كالناشزة ولا نفقة لها وقوله وان ارتدا معا واسلما ووجهه ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا
بمنع الزكوة وبعث اليهم ابو بكر رضي الله عنه الجيوش فاسلموا ولم يامرهم بتجديد الانكحة والصحابة متوافرون فحل
ذلك محل الاجماع يترك به القياس فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد واقع منهم حكما
لجهالة التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شي على شي وانما يجعل في الحكم كانه وجد جملة واحدة ولو اسلم احد
بعد الارتداد اي بعد ارتدادهما فسد النكاح لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم ان كانت
المرأة هي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شي لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار
على الردة فان الاصرار بعد الاسلام الاخر كانشاء الردة

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اعترض ما
هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه بالراجعين الى امر الفروج وغيرها اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف
مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ واذا
كان للرجل امرأتان بتذكير كان مع اشارة الى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه
واضح وقوله ولا فصل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا من غير تفرقة
بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية
بعد ذلك لحديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يفضل البكر بسبع والثيب بثلث والحاصل ان الاختلاف في
موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على القديمة فنفى المصنف الاول بقوله ولا فصل فيما روينا والثاني
بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة رضي الله عنها
انه عليه السلام قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن وخير للزوج انه يبتدي بالجديدة ولكن بشرط ان يسوي بينهما
ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين الثيب والبكر والجديدة والقديمة كما لا تفاوت بين

المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة سواء لانهن يجب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك في طرف الرجل المجنون والخصي والعنين والغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بين امرأتين يجب عليهم القسم وقوله والاختيار في مقدار الدور للزوج ظاهر وقوله بذلك ورد الاثر يعني ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع وقوله ولان حل الامة انقص من حل الحرة يدل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضعه اصول الفقه فلابد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام مشتمل على ثلث مسائل احدها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي مستحقة والثانية انه اذا سافر باحداهن من غير قرعة هل للباقيات ان يحتسبن تلك المدة او لا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهو بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره التي كانت معه فينبغي ان يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا يجب التسوية فلا يكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان بعضهن ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك فلها ذلك وكلامه واضح وقوله لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ما لم يكن كذلك كان الخروج عنها امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فلذلك هذا

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره وسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشوز العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق في حرمة المصاهرة وكما ان الاعلاق امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطئ كذلك نشوز العظم وانبات اللحم امر خفي له سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء هو الاصل وكسرها لغة فيه مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة عن مص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الادمية في وقت مخصوص على ما يذكر بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضعة وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون محصورا في خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه ثبت مذهبه بعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة رضي الله عنها كان فيما انزل عشر رضعات مشبعات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل على المطلوب لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله يضعفه لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل [illegible] في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ما عرف وقوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية [illegible] تقرير تحريم الرضاع باعتبار انشاز العظم وانبات اللحم [illegible] شبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وقوله وما رواه جواب عن استدلال [illegible] منسوخ [illegible] بالاجماع [illegible] التنزيل [illegible] ويروى [illegible] ان يكون في هذه الرضاع [illegible] حولين [illegible] حال الى حال [illegible] قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ووجه الاستدلال ما ذكره

الحمل

الحمل والفصال ثلثين شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين وهذه الاية يعني قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وحجتهما ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو قوله ثلثون شهرا فكان لكل واحد منهما [illegible] كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي الف درهم وخمسة اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا بكماله لكل واحد من الدينين الا انه قام المنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان الكتاب مؤول فان اهل التفسير رحمهم الله جعلوا الاجل المضروب للدينين موزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ويؤيده ما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم فقالوا وكيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولان فتركها واذا لم يكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مدة في غيره بانه مؤول ولا بعد فيه ولانه لا بد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل بغيره ابقاء للحياة وذلك اي التغيير بزيادة هذه يتعود الصبي فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلكه وهذا هو الذي وعده المصنف لزم لكنه قد رخ يشبه كلام العنين وقدرناه بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع اللبن فان غذاء الجنين كان غذاء امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لا بد من تغيير الغذاء وتعيين للعفو او ستة اشهر فلابد من ستة اشهر وقوله والحديث محمول يعني قوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين محمول على هذه الاستحقاق واقتصر المصنف الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من الارضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجرة على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله عليه السلام لا رضاع لنفي الجنس وعينه قد يوجد بعد حولين فكان نفيا للوجوب وعدم الجواز محتملا فلم يكن حجة وعينه اي على الاستحقاق تحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين بدليل قوله بعده فان ارادا فصالا عن تراض فانه تعالى ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلقه لانه لا اثر للرضاع في ازالة المحرم شرعا **وقوله** واذا مضت يعني واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم او لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل الحولين او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفة ثم ارضعته امرأة قبل ان تمضي عليها مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تمسكا بظواهر وهو فاسد لان المذكور في ظواهرها الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا روي ان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسألوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم وقد انعقد الصحابة على هذا والله اعلم

قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب • يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف وهو واضح وقوله الا ام اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له اخت من النسب ولها ام من الرضاع

فانه يجوز أن يتزوج أم أخيه التي كانت أختها من الرضاعة وجاز أن يتعلق بهما جميعا مثل أن يجتمع الصبي والصبية
الأجنبيان على ثدي امرأة أجنبية وللصبية أم أخرى من الرضاعة فإنه يجوز لذلك الصبي أن يتزوج أم أخته
التي كانت الأم من الرضاعة التي انفردت بها رضعا وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب وقوله لاشتراط اعتبار التبني فإن حليلة الابن المتبنى كانت حراما في الجاهلية فإن قيل
لم لا يجوز أن يكون لإسقاط حليلة ابن الرضاع أو لإسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى لئلا
يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة وقوله ولبن الفحل من باب إضافة الشيء إلى سببه لأن سبب اللبن
إنما هو الفحل وكلامه واضح وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك أفلح لأنه عمك من الرضاعة دليل
واضح على ذلك فإن عائشة رضي الله عنها ارتضعت من امرأة أبي القعيس وكان اسم أخي أبي القعيس أفلح فلما كانت تلك
المرأة أمها لها زوجها أبا لها وأخو الزوج عمها لا محالة وروي أنها قالت يا رسول الله إن أفلح بن أبي قعيس دخل
علي وأنا في ثياب فضل فقال ليلج عليك أفلح إنه عمك من الرضاعة فقالت إنما أرضعتني المرأة لا الرجل فقال عمك
من الرضاعة وذا لا يكون إلا باعتبار لبن الفحل ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطا
فإن قيل ما قام مقام الشيء في إثبات الحكم إما أن يكون مثل ذلك أو دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي
من ثدي الرجل نفسه إذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف تثبت حرمة باعتبار رضاع اللبن بسببه ولا
يثبت من اللبن الحاصل من نفسه أجيب بأن افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لأن المعنى الذي لأجله تثبت
الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في إرضاع الرجل لأن ما ينزل من ثدي الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به
إنبات اللحم وهو نظير وطء الميتة في أنه لا يوجب حرمة المصاهرة وإن كان السبب موجودا وإنما اختاروا هذه
العبارة وهي ملابسة فإنها توهم أن المراد به ما ينزل من ثديه ليعلم أن المراد به ما ينزل من المرأة
بسبب الولادة والحمل من زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المرأة خاصة
لا لبن الفحل وإن كانت تلك المرأة تحت زوجها وليس حل الوطء في الإحبال بشرط الحرمة حتى لو زنا بامرأة فولدت
منه فأرضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل للزاني هذا أن يتزوج بالصبية ولا لأبيه ولا لابنه ولا
لأبناء أولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني **وقوله** ويجوز أن يتزوج الرجل ظاهر وقوله
وكل صبيين اجتمعا غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة أي ثدي امرأة واحدة
لأنهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما يجيء وهذا لأن ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك
يختص بلبن الآدمية دون الأنعام وقوله ولا يتزوج المرضعة من ولد التي أرضعت قال في النهاية المرضعة بصيغة
اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب أحدا على المفعولية من ولد التي على طريق الإضافة هذا هو الأصل من النسخ
وفي نسخة أخرى ولا يتزوج المرضعة من ولد التي أرضعت بعكس الأول في الفاعلية والمفعولية وهذا أيضا صحيح
وكان كلاهما بخط شيخي ونسختان أخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة إذ
مفعوله على ما ذكرنا ولكن هذا التقدير لا بد وأن يكون من الولد الذي أرضعته معرفا باللام وكلامه ظاهر
وقوله وإن اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب فسر محمد رحمه الله الغلبة فقال إن لم يغير الدواء اللبن يثبت الحرمة
وإن غير لا يثبت وقال أبو يوسف رحمه الله إن غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وإن غير أحدهما يكون رضاعا
وقوله خلافا للشافعي عنده إذا اختلط بقدر ما يحصل به خمس رضعات من اللبن بجب من الماء فشرب الصبي
تثبت به الحرمة يقول إنه موجود حقيقة فيكون معتبرا لأن المحسوس لا ينكر ونقول المغلوب في مقابلة الغالب
غير معلوم به موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فإن قيل
فعلى هذا إن اعتبرت جهة الحكم لم تثبت به حرمة الرضاع وإن اعتبرت جهة الحقيقة تثبت لأن اللبن موجود حقيقة
وإن قيل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطا أجيب بأن التعارض لم يثبت لأن التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السو

وههنا

وههنا لم يثبت المساواة بينهما لأن الغالب فضلا ذا ثبات والمغلوب فضلا صار حاجبا وهو جهة الحرمة ولكان الترجيح
لمعنى راجع إلى الذات لا لمعنى راجع إلى الحال وهذا كما ترى متناقض لأنه نفى التعارض وأثبت الترجيح بالفضل الذي
ولا ترجيح إلا بعد التعارض والصواب أن يقال لا تعارض لأن الحقيقة لا تعارض الحكم لأن الحرمة بالرضاع أمر حكمي
فالمعتبر في الحكم موجود والآخر لا أثر له فيه سلمناه ولكن تعارضا ثم ترجح أحدهما راجع إلى الذات والآخر إلى
الحال والأول أولى وموضعه الأصول ويؤيد ما ذكرنا ما إذا وقع قطرة من الدم أو الخمر في جب من الماء نجسه
وإن غلب الماء حقيقة لأنه لم يكن غالبا حكما لأن غلبة الماء في الحكم هو أن يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل
فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت مرجوحة معه وقوله وإن اختلط اللبن بالطعام واضح وقوله لا يتعلق
به التحريم في قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا أو مغلوبا أما إذا كان مغلوبا فظاهر وأما إذا كان غالبا فلأنه
إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا بالطعام وإن كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا **وقوله** فصار كالمغلوب
فيه نظر لأن المغلوب غير موجود حكما أما ما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب فلا نسلم أنه ليس بموجود والجوا
والجواب أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول
أبي حنيفة رحمه الله أن ذلك عنده إذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فأما إذا كان يتقاطر منه فتثبت
به الحرمة عنده لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لإثبات الحرمة والأصح أنه لا يثبت
على كل حال عنده لأن التغذي بالطعام لأنه الأصل دون اللبن والمعتبر لما يقع به التغذي الموجب لإنبات اللحم
وإن اختلط بالدواء واللبن فيه تتعلق التحريم به لأن اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء اختلط به
ليقوى على الوصول إلى ما لا يصل إليه بانفراده فإن قلت إذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب أن يستوي
الغالب والمغلوب لأن وصول قطرة منه محرم قلت النظر ههنا إلى المقصود فإن كان غالبا كان القصد إلى التغذي
به والدواء لتقويته على الوصول وإذا كان مغلوبا كان القصد إلى التداوي واللبن لتيسره الدواء
بلوغ إلى هذا **قوله** وإذا خلط دون اختلط وقوله لأن اللبن يبقى مقصودا قوله وإذا اختلط اللبن
بلبن شاة صورة المسألة ظاهرة وكذا التعليل لأبي يوسف في المسألة الثانية لما ذكرنا أن المغلوب كالمستهلك
لعدم بقاء منفعته كما إذا صب كوزا من الماء العذب في البحر ووجه قول محمد وزفر أن الغلبة ههنا غير متصورة
لأن الجنس لا يغلب الجنس إذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يكون مستهلكا في جنسه لأن الاستهلاك بفوات
منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد وإذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين
في المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن أبي حنيفة رحمه الله
في هذه روايتان في رواية قوله كقول أبي يوسف وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر
لا وأصل المسألة في الأيمان فيما إذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى وهو غالب
لشربه فهو على هذا الاختلاف عند أبي يوسف لا يحنث لأن المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لأن الشيء
بكثرة جنسه لا يصير مستهلكا وقوله وإذا نزل للبكر لبن ظاهر وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر
الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله قيد بالموت وأوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الأظهر
هو يقول إن ثبوت الحرمة هو المرأة لأن الحرمة تثبت بينهما ثم تتعدى منها إلى غيرها بواسطتها
وبالموت لم تبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة لأنها الأصل في الحرمة
ولم تبق محلا حتى يتعدى إلى غيرها ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الإنشاز والإنبات
وهو قائم باللبن لأن الموت لم يخرجه عن كونه متغذيا كما أنه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر
في ظهور الحرمة فيها بل يظهر في الميتة دفنا وتيمما بأن كان لهذه المرضعة التي أوجر لبن هذه الميتة في
فمها زوج فإن لهذا الزوج أن يدفن وييمم الميتة لأنه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته وقوله

وأما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة يعني أن حرمة المصاهرة بالوطي إنما تثبت بملاقاة محل الحرث ليثبت به الحرمة ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا **وقوله** وإذا احتقن الصبي باللبن قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض دواءه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم تعديه على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في باب المصادر الاحتقان صفة لدن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهذا هو الأشبه في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر وقوله وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن تتصور منه الولادة بيانه أن الله تعالى خلق اللبن في الأصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر الأطعمة والأشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة إذا تأملته لكن اختصاصه بالأنثى المولود من الحيوان وهو الذي يكون ادرّ بالأحمر وغير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف وهو دليل على أن ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به الحرمة لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها وذكر في المبسوط في هذه الحكاية وهو أن محمد بن إسمعيل البخاري صاحب الأخبار كان يقول يثبت به التحريم فإنه دخل بخارى في زمن الشيخ أبي حفص الكبير رحمه الله وكان جعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فلست هناك فأبى أن يقبل نصحه حتى استفتي عن هذه المسألة فأفتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا فأخرجوه من بخارى **قال** وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة. إذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا عليه لأنه يصير جامعا بين الأم والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا أما الكبيرة فإن حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة إن كان دخل بالكبيرة وإن لم يدخل بها جاز التزوج بالصغيرة لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ثم إنه إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها تعمدت الفساد أو لم تتعمد لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة لم تجئ من قبلها فإن قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلو لم تنصف الفرقة إليها أجاب بقوله والارتضاع وإن كان فعلا لها لكن فعلها غير معتبر شرعا في إسقاط حقها لأنها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد أبواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر وإن لم يوجد الفعل منها والجواب أنا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها أسقطت حقها ولم يلزم أن كل ما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لأنه إذا ألحقها أمر آخر أخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الأبوين أسقط حقها ويرجع إلى بما أدى الزوج من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد بأن قصدت بالإرضاع إفساد النكاح وإن لم تتعمد بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها وإن علمت أن الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد رحمه الله أنه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لأن من أصله أن المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والإصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الأصول وفي المباشرة المتعدي سواء فكذلك في السبب والصحيح ظاهر الرواية لأنها لا وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج إذا بلغت حد الشهوة وذلك يجري مجرى الإتلاف في إيجاب الضمان لأنها مسببة في ذلك بالتأكيد لا مباشرة أما لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعا لأنه وضع لتربية الصغير لا لإفساد النكاح وإنما يثبت الإفساد باتفاق الحال لتأديه إلى الجمع بين الأم والبنت في ملك رجل نكاحا أو لأن إفساد النكاح ليس لإلزام المهر لأنه غير مضمون بالإتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لأنه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإجارته وإنما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لأن ما يفوت به المبدل يفوت به البدل أيضا وتقرير كلامه الكبيرة بإرضاعها مسببة لتأكيد ما كان

على شرف

على شرف السقوط لا مباشرة لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا أن الإرضاع إفساد النكاح لكن إفساده ليس بسبب لإلزام المهر لما تقرر أيضا فإن قيل إذا لم يكن سببا لإلزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر أجاب بقوله إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لأن المعقود عليه عاد إليها سالما لكن من شرط وجوبه أي وجوب نصف المهر بطريق المتعة إبطال النكاح وكانت صاحبته شرط فهي مسببة وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وإنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وعلمت أن الإرضاع مفسد وقصدت به الفساد أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت به ولم تعلم أن الإرضاع مفسد أو علمت به لكن قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأمورة بذلك أي بالإرضاع لدفع الهلاك فإن قيل الجهل بحكم الشرع في دار الإسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل الكبيرة بفساد النكاح عذرا أي في عدم وجوب الضمان عليها أجاب بقوله وهذا لأنا اعتبرنا الجهل لدفع الفساد لا لدفع الحكم وتقريره أن الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي إنما يتحقق بقصد الفساد والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد فإذا انتفى العلم بالفساد وانتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فإن قيل دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به وقوله ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات أي عن الرجال أجنبيات كن أو أمهات أحد الزوجين واحدة كانت أو أكثر وقال الشافعي يقبل شهادة أربع نسوة منهن وقال مالك يقبل شهادة واحدة إذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي أن الإرضاع يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك لحرمة النظر وعنده أن شهادة أربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال ليقوم كل امرأتين مقام رجل ولنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم لحل النظر إلى الثدي لهم وجه قول مالك أن الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي فإنه ينبغي للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره ولأن المخبر أخبر بحرمة العين وبطلان الملك ثم لما يثبت الحرمة مع بقاء الملك لا يملك الرد على بائعه ولا أن يطالب الثمن عن البائع ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج إلى بيان

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق مباحا عن النكاح طبعا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد النكاحي بألفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة إليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح أو عدته التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل وأقسامه ما نذكره

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس إلى أن إيقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على إباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء وقوله إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأمثال ذلك وأقسامه ثلاثة حسن وأحسن وبدعي على ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله ولأنه أبعد من الندامة حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بأن يراجعها في العدة وبعدها بتجديد النكاح من غير استحلال وأقل ضررا بالمرأة حيث لم يبطل محليتها نظرا إليه لأن النساء المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الإيحاش وقوله ولا خلاف لأحد في الكراهة أي في عدم الكراهة يعني لم يقل أحد بكراهة هذا الطلاق **وقوله** لأن الأصل هو الحظر لأنه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله والإباحة لحاجة الخلاص أي لضرورة التخلص عنها بتباين الأخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج إلى الثانية ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر وهو ما روى البخاري وغيره مسندا إلى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر

ثم إن أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء وأشار به إلى قوله
تعالى فطلقوهن لعدتهن قال إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق خيّره بين الإمساك والطلاق ولو كان الطلاق
الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا أشرح ما في الكتاب وإنما شرحه ما روي أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا أمرك الله إنما السنة أن تستقبل
الطهر استقبالاً وتطلقها لكل قرء تطليقة. وقوله ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه أن الأصل في الطلاق
الحظر كما قال مالك والإباحة للحاجة بسبب العجز عن الإمساك بالمعروف عند عدم موافقة الأخلاق والحاجة
بسبب العجز أمر مبطن فأقيم دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر
الخالي عن الجماع مقامه وكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت فأبيح تكرار الطلاق المفرق
على الأطهار وقوله ثم قيل اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازاً عن تطويل
العدة وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لأنه لو أخر
ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع قال المصنف والأظهر أن يطلقها حين
هذا الطهر لأن محمداً رحمه الله قال في الأصل وإذا أراد أن يطلقها ثلاثاً طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض
وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثاً في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه إذا فعل ذلك وقع
الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصياً وقال الشافعي كل طلاق مباح يعني في حد ذاته
وإنما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فإن الطلاق في هذين الوقتين
حرام عنده أيضاً قال في تعليله لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق وكل ما هو
مشروع لا يكون محظوراً لأن المشروعية لا تجامع الحظر فإن قيل فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام
أجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولذلك نقول المحرم
فيما إذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس أمر العدة عليها فإنه إذا جامعها فيه تلتبس أمر العدة عليها لا يدري
أهي حامل فتعتد بوضع الحمل أو حائل فتعتد بالأقراء وقال لا أعرف في الجمع بدعة ولا
في التفريق سنة بل الكل مباح ولنا أن الطلاق الأصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلق به المصالح
الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الأديان والدنيوية من السكن والازدواج واكتساب الولد
وكل ما هو كذلك ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع إلا أنه أبيح للحاجة إلى الخلاص كما تقدم ولا حاجة إلى الجمع بين
الثلاث فإن قيل فلم الحاجة إلى الفرق على الأطهار أجاب بقوله وهي إلى الحاجة إلى الفرق على الأطهار ثابتة نظراً إلى
دليلها وهو الإقدام على الطلاق في زمن تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها
أمراً مبطناً فإن قيل دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لأن الحاجة إلى
الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأول غير متصورة أجاب بقوله والحاجة في
نفسها باقية يعني الاحتمال أن يكون سنة الإطلاقية اللسان نفسه الزوج إمكان التدارك مع صفائه عن عروض
الندم قال شيخ الإسلام وعلى هذا يجب أن يباح الثلاث جملة لكنه يقال تعارض النص فلم نؤثر وأظن أنه أراد بالنص قوله
تعالى الطلاق مرتان فإنه يدل على أنه متفرق ويجوز أن يريد قوله عليه السلام لابن عمر رضي الله عنهما إن من السنة
أن تستقبل الطهر استقبالاً الحديث **وقوله** والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر
وتحقيقه أن المشروع لذاته لا يجوز أن يكون محظوراً لذاته أما إذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره
كما ذكرنا من فوت مصالح الدين والدنيا فلا تنافي فيه كالبيع وقت النداء والصلاة في الأرض المغصوبة
وقد قررناه في التقرير وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا أنه لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث
وقوله واختلفت الرواية ظاهر **قال** والسنة في الطلاق من وجهين • السنة في الطلا

من وجهين

من وجهين أحدهما في الوقت والآخر في العدد والسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغيرها وقد ذكرنا
وهي أن لا تزيد على الواحدة وسمي الواحدة عدداً باعتبار كونه أصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه والسنة
في الوقت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها ثلاثاً في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا أن شرعيته باعتبار الحاجة
والمراجعة ودليلها الرغبة فلم يكن فيها دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حاجة لم ينل منها شيئاً
فالرغبة باقية سواء كان في حالة الحيض أو الطهر فلم يخرج طلاقها عن السني في أي وقت كان خلافاً لزفر فإنه
يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا واضح وعورض بأن ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فإن قوله صلى الله عليه
وسلم لابن عمر رضي الله عنهما إنما السنة أن تستقبل الطهر بإطلاقه يدل على أن الطلاق في حالة الحيض ليس
بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها ولا عبرة لها بخصوص السبب وأجيب بأن الخصوص لم يثبت بخصوص السبب
بل بقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها وإن كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن
يطلقها ثلاثاً بالسنة طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن يعني إن أشكل عليكم حكم اعتدادها
بين الطائفتين تحكمين هذا وقوله واللائي لم يحضن مبتدأ خبره محذوف أي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر
وقوله والإقامة في حق الحيض خاصة قيل هو إشارة إلى ما اختاره بعض أصحابنا أن الشهر في حق التي لا تحيض يقوم مقام
الحيض والطهر في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقي السنة وهذا لأن المعتبر في حق ذوات
الأقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض إلا بتخلل الطهر وفي الشهور يتقدم هذا فكان الشهر قائماً مقام ما هو المعتبر
وفيه بحث من وجهين أحدهما ما ذكره صاحب النهاية رحمه الله أن الشهر لما أقيم مقام الحيض فإذا أوقع الطلاق
في أي شهر كان من الأشهر الثلاثة كان موقعاً الطلاق في الحيض فكان حراماً كما في حالة الحيض والثاني ما ذكره
بعض الشارحين أن الشهر لو أقام مقام الحيض خاصة لما احتيج إلى إقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض لأن الحيض أكثره
عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم وأجيب عن الأول بأن هذه
المدة طهر حقيقة ولكنها أقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشيء لا يجوز أن يكون في معناه من كل وجه وإلا كان
عينه لا قائماً مقامه وكان قائماً مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة ألا ترى أن تعقيب الجماع في ذوات
الأقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كان الأشهر بدلاً عن الأقراء في جميع الأحكام لكان محرماً كما
في ذوات الأقراء كذا ذكره شيخ الإسلام والجواب عن الثاني أن الشرع أقام الأشهر مقام حيض تنقضي بها العدة
وهي إنما تكون في ثلاثة أشهر غالباً فأقيمت الأشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم تقم الأشهر مقام مدة
الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم يظهر لي فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية أن ثمرته تظهر في حق
إلزام الحجة فإنهم لما أجمعوا على أن الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف إلى الطهر والشهر قائم مقامه في حق
التي لا تحيض قلنا إن الشهر قائم مقام الحيض لا غير لأن الخلف إنما يعمل فيما يعمل فيه الأصل واشتراط الحيض مع الطهر
في ثلث حيض إنما كان ليتحقق عدد الثلاثة لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لا يشترط فيه
العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا إلى هذه النقطة وليس بشيء كما ترى لأن إلزام الحجة على أحد المختلفين
لا يكون فائدة الاختلاف إذ البديهة تشهد بأن غرض الإنسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون إلزام الحجة على
الخصم **قال** ثم إن كان الطلاق في أول الشهر • إذا كان إيقاع الطلاق في أول الشهر تعتبر
الشهور القائمة مقام الحيض بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق بين
طلاقي السنة وذلك ثلاثون يوماً بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لا يحكم بانقضاء العدة
إلا بتمام تسعين يوماً من وقت الطلاق وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة وهي مسئلة الإجارات
على ما سيأتي ويجوز أن يطلقها أي الآيسة أو الصغيرة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال زفر الآيسة الحالية

وكان شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل
فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لان الافضلية لا تنافي الجواز
وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فمن تحيض فيها يفصل بين طلاقها وجماعها بحيضة فكذا هاهنا
بشهر لان الرغبة تفتر بالجماع وكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذ لا حرج في الطهر وانما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو
الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيهما اي في التي لا تحيض فيهما من الايسة او الصغيرة والكراهية اي كراهية الطلاق بعد
الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لانه عند ذلك يشتبه وجه العدة فلا يدري اي ان انقضاءها يكون بوضع
الحمل او بانقضاء العدة وقوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر جواب قول زفر رحمه الله ان الرغبة
بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان
الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في اباحة
الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تاثيره ان لا يقع الطلاق اصلا او لا يتكرر كما تقدم وانما الذي احل في ذلك
لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي
الحكم الذي انبنى على الدليل وهو الفصل قوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع واضح وقوله وقد ورد الشرع بالفصل
على فصول العدة يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس رضي الله عنه اي لاطهار عدتهن فهي في ذوات
الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الايسة والصغيرة على الاشهر لانها في حقهن كالقرء في حق ذوات الحيض والشهر
لانها فصول في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحمل وان طالت فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا ترى ان
انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتد طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات
فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التقصي
عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الايسة والصغيرة وهذا اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في
حق الايسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة يصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة
والحكم يدار على دليلها فاذا وجد وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله بخلاف الممتد طهرها جواب عن
قياس قول محمد بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر بازاءه هناك لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في
حقها الطهر اي تجدده وهو مرجو فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان
الحامل لا تحيض **قال** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض به اذا طلق الرجل امرأته في حالة
الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه من قوله
لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة منها فتطول عليها نقل صاحب النهاية
عن شيخه رحمهما الله ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من صيغة الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن
اي لاطهار عدتهن او الامر المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها لما انه كان مامورا بوضع الطلاق
الواقع في حالة الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد بالنهي قوله
تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا الاية والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية كما عرف في الاصول واما
الاستحباب فلقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وكان قد طلقها في حالة الحيض وهذا
يفيد الوقوع بامضائه والحث على المراجعة بعبارته قال المصنف ثم الاستحباب قول بعض المشايخ ووجهه
ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه لقرينة ان الرجعة له ولا وجوب على الانسان فيما هو حقه والاصح انه
واجب عملا بحقيقة الامر قيل الامر لعمر رضي الله عنه وحقيقة الوجوب على عمر رضي الله عنه بامر ابنه بذلك ولا دلالة
على ذلك على الوجوب على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كان النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك
فيثبت الوجوب ويجوز ان يقال فليراجعها امر لابن عمر رضي الله عنهما فيجب عليه المراجعة وقوله ورفعا للمعصية

معطوف

معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها لعدم وقوعها انما هو برفع اثره اي اثر الطلاق
الذي هو معصية وهو العدة ورفع الضرر بتطويل العدة برفعها بالمراجعة وقوله قال يعني القدوري فاذا طهرت
يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال المصنف وهكذا ذكر في الاصل
وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول
ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره في الاصل قولهما والمصنف ذكر وجه كل منهما ولم يرجح الى الحديث المروي في
الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث روى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله
عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك
بعد وان شاء طلق قبل ان يمس وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن
ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على
رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر واذا
وقوله ومن قال لامرأته اعلم ان من قال لمدخول بها انت طالق للسنة فاما ان يكون من ذوات الاقراء او لا
وكل منهما على وجهين اما ان يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي
طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك
حالة الحيض او حالة الطهر وكذا راس كل شهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء
لا يراد به ولنا ان اللام فيه اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا
فقط فكان كل واحد منهما محتملا لافادة المركب منه كانه طلقها ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع
عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلث دفعة او في حالة الحيض
مذهب اهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحته وثبوته بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال من طلق امرأته الفا بانت منه بثلث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه
ايقاع له فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف
بالحرمة لانه ليس بفعل المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا وان كانت ايسة او
ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما مر
قبل هذا ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض وان نوى ان يقعن الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا انه
سني وقوعا واذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث ان كانت طاهرة لم يجامعها فيه طلقت في الحال وان
كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لانه قوله انت طالق
للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك واذا نوى ثلثا جملة قال المصنف لا يصح قيل هكذا ذكر
فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان نية الثلث صحت فانما تصح من
حيث ان اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد فيعتقد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم
الواقع فيه لانه جعل وقتا ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل
تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلث بخلاف ما اذا ذكرنا لان الثلث
المذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ان نية الثلث صحيحة جملة
كما لو ذكر ثلثا لان الطلقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها في طهر لا جماع
فيه والحسن ان يطلق الثلث في ثلثة اطهار فاذا نوى الثلث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح
نيته كما لو قال انت طالق ثلثا للسنة او طلاقا للسنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة
كما لو ذكر ثلثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضي

لا عموم لكن عندنا ولعله بسبب اختيار المصنف عدم وقوع جملة

فصل

لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفوذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان اهل التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به وهو المعتدل منه والصبي ان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه مضرة والنائم عديم الاختيار وسقط التصرف الاختيار فيه وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لاستناده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك الا ترى انه من اراد ان يقول لامرأته اسقيني فقال انت طالق وقع وان لم يكن مختار الحكم لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته اي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احترازا عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا محتمل الصدق والكذب وقيام السيف على راسه دليل على انه كاذب فيه والخبر عنه اذا كان كذبا فالاخبار عنه لا يصير صدقا وقوله في حال اهليته احترازا عن الصبي والمجنون وتقرير حجته ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار اهونهما والاختيار اهون الشرين اية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه لذلك لا يعرى عن حكمه كما في الطائع اذ رفع العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته ان يتخلص عما توعد به من القتل او الجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقود التي باشرها مكرها من البيع والشرى والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود وانما هنا نعدم الرضا بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره ليس له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب اما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالاخر جائزا وطلاق السكران واقع واختار الكرخي والطحاوي عدمه والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واقع خلافا للشافعي في كلاميه ... لانه لا يجعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم جعل الزوال مجازا للخصم حيث لم يبصر ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة هناك اتم واجيب بالفرق عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وامكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكان جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه لعذر السبب واما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل ... رجوعا فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب والسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان الكلام مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره وهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك والخمر اذا اكره على شربها فهو كالاغماء في حق منع وقوع الطلاق والعتاق وكذا ذلك يقول حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه

لا يقع

لا يقع طلاقه لانه لم يزل بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك اجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن وقوله وطلاق الاخرس واقع ظاهر. وطلاق الامة ثنتان ان كان طالق باعتبار المطلقة وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال بقوله عليه السلام الطلاق للرجال والعدة للنساء انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بغير ما اختص به الاخر ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فيجب ان يكون اعتبار الرجال بالطلاق من حيث العدد تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالادمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله تعالى قال الله تعالى ولقد كرمنا بني ادم الاية ومعنى الادمية في الحر اكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة والخلوص عن معنى المالية التي تجعل المملوك في قرانها مبذولا فكان مالكيته ابلغ فان قلت الدليل اخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا لما قلنا اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثمة معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان البعض الاماء ثنتين فلم يبق اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت عبد عملا بالحديثين اجيب بانه يقتضي ان يكون الحاقه وعدتها عائدا اليها فيكون تخصيصا لها ويكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام يكون المراد بالامة امة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابه لا يقوى في معارضة مقام الاستدلال ولان حل المحلية اي حل ان يكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق فان للرق اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنين فكذا في حق النساء فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا اي طلقة ونصف طلقة تنصيفا لحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان ومذهبنا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقوله وتاويل ما رووه يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا احتاج الى ذكره واجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الادمية والعبد مبقى فيها على اصل الحرية وكان يجب ان يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به تضرر المولى فتركناه لاجله

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك يقع به طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ صريحا والصريح تعقبه الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية وقد بانه الحق قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة وهو لا يترك الا بدليل واما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل عنه ملكه كالبائع جاريته بالخيار له والمشتري فانه لم يثبت الملك فيها للمشتري بعد اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه ولا يفتقر الى النية وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعني انه يعقب الرجعة ان لم ينو شيئا وكذا اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان

الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح باحسان هو تركها حتى تنقضي عدتها وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة
امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة
بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل ان يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء
جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري
والضرورة تندفع فلا حاجة الى البائن كان اسلم وموضعه اصول الفقه وقوله فيرد عليه يعني قصده وتقرير الحجة لانه
قصد تنجيز ما اخره الشرع الى وقت وكل من تعجل ما اخره الشرع يرد عليه قصده كما في قتل المورث اصله بقرة بني اسرائيل ولو نوى
الطلاق عن وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين في القضاء اي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته
الى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه فيه
تخفيف ولذلك لا تسع المراة ان تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل
في الابل او الوثاق فيحتمل ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اي بقوله طالق الطلاق عن العمل لم يصدق في
القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو قيل ان المراة بتاويل النجم او الذات ولكن يحتمل
ان يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي غير مقيد بالعمل فالطلاق لم يرفع
المقيد بالعمل وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل
في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا موضوع لا صدق
ديانة رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانه غير مستعمل فيه عرفا فلا يكون صريحا
واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية وقوله ولا يقع من كلام القدوري متصل بقوله
فهذا يقع به الطلاق الرجعي اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي
رضي الله عنه يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المنعوت منه ولهذا
اي لكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ يصح نيته ولنا انه نعت فرد
حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده والضد لا يحتمل **قوله** وذكر
الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق
يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري
يتصف بالمراة لكن بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له فكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له وقوله
والعدد الذي يقرن به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله واذا قال انت طالق واضح
وقوله فصار بمنزلة قوله انت طالق اعترض عليه بان قوله انت طلاق لو كان بمنزلة قوله انت طالق الحرفر
لما صح فيه نية الثلاث كما لم يصح في قوله انت طالق واجيب بان نية الثلث انما لا يصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم واما
الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف فلم يبطل جانب المصدرية وصح فيه نية الثلث وبقية كلامه واضح **قال**
ولو قال انت طالق الطلاق • او قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى
فان لم تكن موطوءة لغى الثاني وان كانت موطوءة يصح وتقع طلقتان رجعيتان لان كل واحد منهما صالح للايقاع
بتقدير المبتدا في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق ولو اضاف الطلاق الى جملتها مثل قوله انت طالق لان انت
ضمير المراة وذكر هذا وان كان قد علم مما قبله تمهيدا لذكر ما بعده او الى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك
طالق قال الله تعالى فتحرير رقبة ولم يرد الرقبة بعينها ولذلك العتق قال الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين
ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك طالق او رجلك لم يقع الطلاق وقال
زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء منتشر معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والظفر والشعر والسن والشعر
لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون

حالا

حالا محلا فاذا اضيف اليه الطلاق يثبت الحكم فيه ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع فان قيل لو كان
الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح اذا اضيف اليه ثم سرى الى الكل اجاب بقوله بخلاف اذا اضيف اليه النكاح
لان التعدية ممتنعة اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان وفي الطلاق الامر على العكس
يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء قوله ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله ظاهر وتوضيحه ان اليد
والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد عليها دخل الاتباع كما في شراء ملك الرقبة فيكون ذكر الاصل
ذكرا للتبع واما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن
في قوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده اجيب بان المراد صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج
اذا قال اردت اضمار صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله اذا قال لها
راسك وعنى اقتصار الطلاق على الراس لا يبعد ان يقول لا تطلق ولو قال طالق واراد به العبارة عن جميع البدن لا
يبعد ان يقول بانها تطلق واذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف فيه المشايخ فقال بعضهم يقع الطلاق لان
الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف رحمه الله والاظهر انه لا يقع
اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن الجملة ولهذا لو قال ظهرك وبطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا
وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق اذ نصف التطليق
او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم
على المبيح وانما الالغاء لم يقدر الامكان لانه اذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى وجب الكل لئلا يلزم
ابطال الدليل وكذا الجواب في كل جزء سماه كالنصف والربع والثمن والسدس وغيرها لما بينا انه لا يتجزى ولو قال
لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فثلثة انصاف تطليقتين تكون
ثلث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما اورد محمد هذه المسئلة
لاشكال وهو ان كل عدد منصفة لا يكون الا نصفين فالقول بالثلاثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد
بهذه التسمية الطلاق يعني اراد ثلث تطليقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا
ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلثة انصافهما يكون ثلثا ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له
ومنهم من يقول تقع واحدة لان ذكر العدد صار لغوا فبقي قوله انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان
يكون حقيقة فيما اراد او مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور
الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة رحمه الله
والاتصال حاصل موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها انت
طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا اثنتين ولم يقل يقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقة مع
نصف تطليقة ومن اوقع على امراته ثلث مرات نصف تطليقة طلقت ثلثا واجيب بان جواب هذه اللفظة
غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزاء التي اوقعها هناك وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين
لان ربع التطليقتين نصف تطليقة فثلثة ارباع تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا حاجة الى صرف الكلام عن ظاهره
وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه
سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل تطلقان وهو المنقول عن محمد
في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح
لان ثلثة انصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت طالق واحدة ونصف تطليقة
وعن بعض المشايخ يقول ثلثا لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزي فيصير ثلثة انصاف تطليقة
ثلث تطليقات لا محالة **قال** ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين • اذا طلقها متصلا كلامه

كلامه على الغايتين فاما ان يدخل الغايتان وهو قولهما او لا يدخلان وهو قول زفر او يدخل الابتداء دون الانتها
وهو قول ابي حنيفة والقسم الرابع وهو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد ووجه قول زفر ان الغاية
التي لا تدخل فيه والا لم تكن غاية كما في المحسوسات مثل قولك بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض
وروي ان اباحنيفة حج زفر حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن انت ابن تسع سنين
فتحير وروي فخر الاسلام ان الاصمعي هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ما تقول لمن قال لامراته انت طالق
ما بين واحدة الى ثلث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لم يتناول الحدين فقال له ما تقول في رجل قيل له كم
سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسعة فتحير زفر رحمه الله وقال استحسن في مثل هذا ويدل على قوله
ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشيء الواحد حدا ومحدودا الغي اخر كلامه
لعدم تصور ذلك وبقي انت طالق ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد الكل كما يقال
لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل
من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه
يعني الاكثر من الاقل والاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين واجيب بانه متمش فيه ايضا
لان الاكثر فيه الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر اثنتان وليس بشيء لان قوله
لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام في الاكثر في الطلاق وانما الكلام في الاكثر في كلام المتكلم
والثلث غير مذكور فيه واقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله
من واحدة الى ثلث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما كما في
قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا اسقط الاعتراض وقوله وارادة الكل جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال
لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر وقوله ثم الغاية الاولى جواب عن قول زفر وحجته ان الغاية
ان لا يدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة لانه اوقع الثانية ولا يصح الا بعد
وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا
الحائط الى هذا الحائط ووجه ذلك ان القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا
ضرورة في ادخالها واما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها
بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لا بد من وجودها لضرورة الثانية ووجودها
بوقوعها ونوقض بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيها الى الاولى لوقوع الثانية واجيب
بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك
الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين وما اشبههما واحدة صدق
ديانة لانه محتمل لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر
ولو قال انت واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان طالق م
لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في ثنتين اثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب
لان المعروض به ازالة الكسر يقع عند القسمة بمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب
تعددها كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة
وثنتين فهي ثلث فانه محتمله لان الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها واضح وان نوى واحدة
مع ثنتين وقع الثلث سواء كانت مدخولة بها او لم تكن لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي
عند اهل التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا للاخر وبين الظرف والمظروف من المعية فاستعير له بعض م
ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق معنى فهي لا يصلح ان يكون ظرفا للاخر لغيره فيلغوا ذكر الثاني ولو قال

اثنتين

اثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الاخر كالاربعة في
الخمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات وتضعيف الخمسة اربع مرات يقع ثنتان وعند
زفر ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور
الاول على ما بيناه يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال انت طالق من
هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل
في القوة وقوة الشيء انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح
بذكر الطول وقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تعليله بالطول اجيب بانه اذا قال
الى الشام كنى عن الطول والكناية اقوى من الصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان واقول هذه
خطابة لا يكاد يتمشى في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنده في هذه المسئلة روايتان وهذا اقرب ولنا
لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها وتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ما وراءه ولو
قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان
الطلاق لا يختص بمكان دون اخر **وقوله** وان عنى ظاهر وقوله عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية
لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فحمل على الشرط لمقاربته اي المناسبة بين الشرط والظرف
لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قاله شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان
الشرط يجامع المشروط **فصل** في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر هنا فصولا لامتيازه بحسب انواع
الطلاق وتنوعه وتسميته اضافة الطلاق تاخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط
ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله نوى التخصيص في العموم وهو اي العموم يحتمل التخصيص
فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة لكنه مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء **قال**
فلا يصدق قضاء ولقائل ان يقول العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما نحن
فيه من الاول والوسط والاخر هو من اجزائه لا من افراده فحينئذ لا يكون نية اخر النهار تخصيصا ولا عموما ولا
تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان الطلاق لفظا فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء جائز
لا محالة ولو قال انت طالق اليوم غدا ظاهر واعترض بانه لو لا يجعل غدا ظرفا للطلاق اخر واجيب بانه يحتاج
الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل
عن الالغاء ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا
المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لازم في الصورة الثانية
وهي قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفه بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم اجيب
بان ايقاع الثانية يفضي الى المكرر وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يقع لاثباتها فيكون الثاني لغوا ولو
قال انت طالق في غد على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص
في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه **وقوله** ولابي حنيفة كلامه واضح قيل فيه
اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم يكن بنيته
مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادف فيصدق قضاء وديانة الا ترى ان من حلف لا يتزوج النساء صدق
قضاء وديانة وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية
وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعد تسليم ان في غد لا يقتضي الاستيعاب
وهو حقيقة وغدا يقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين امنوا في الحيوة الدنيا ويوم
يقوم الاشهاد فانه لاستيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة

الرسل والمرسل اليهم في الدنيا مقدرونة بحرف وذلك نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بها وهذه الآية لان نصرة
انا هو في الآخرة دايمة واما نصرتهم في الدنيا فغالبية يقع في بعض مواضع الاوقات لانها دار الابتلاء وكلما
هو حقيقة في احدهما فهو مجاز في الآخر واذا عرف هذا فكون بيه حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد
الكلام بما يقطع احتمال المجاز وكان من المجاز قبل بيانه بان يكون مراده بقوله في غير مجازه وهو الاستعجال
فاذا ابينها قطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد ما عرفت ما ذكرناه ولو قال انت طالق
امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شي لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها
لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلق
ولانه امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح فكانه قال ما كنت امرأتي قبل نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا
له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير مقصود لان المطلق
ان كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها
مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان
المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب
عنهما ان قوله انت طالق امس لمن تزوجها اليوم اما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او محمول
على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع
المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه منعه صونا للكلام العاقل عن الالغاء وقوله وعن كونها
مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعني ان عني المرأة اما ان تكون مطلقة زوج آخر او لا فان كان الثاني جعل قوله
انت طالق امس اخبارا عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج ولو
تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا لكونها
مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك السمة وفيه ما فيه **وقوله** ولو قال انت طالق
قبل ان اتزوجك وما بعده واضح وقوله كما في قوله ان لم آت البصرة يعني كما لو قال لها ان لم آت البصرة فانت
طالق لا يقع الطلاق حتى يقع الياس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع الياس فوجد الشرط والمحل قابل لم الملك
باق فوقع فكذلك ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احترازا عن رواية
النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم يمت واما عجز بموتها فلو وقع الطلاق
لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة ووجه ظاهر الرواية ان الايقاع من جهة الوقوع وقد تحقق
العجز عن ايقاعها قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل
ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب
وبين قوله انت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية
هو ان في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من اجزاء الحياة
تتعلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لم يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانها فلم يتحقق الشرط
فلا يتحقق الطلاق **قال** ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك • اذا قال لها انت طالق اذا لم اطلقك
واذا ما لم اطلقك فاما ان ينوي شيئا او لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع
في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل جائزة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة رضي الله
عنه لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت ويستعمل للشرط من غير سقوط
الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدلا بقوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص وفي امر مترقب اي
منتظر لا محالة وبقوله •• واذا يكون كريهة ادعى لها • واذا يحاس الحيس يدعى جندب • لافادته في امر

كان

كاين في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما اي عند سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا
واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام
كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة
بين الظرف والشرط يستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه
•• استغن ما اغناك ربك بالغنى •• واذا تصبك خصاصة فتجمل •• ووجه ذلك ان اصابة
الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست موضع اذا فكانت بمعنى ان ولم يستدل على جانب الظرفية اكتفاء
بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت
الوقت طلقت في الحال فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من
يده وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا
يمكن ان يكون مخرجا للامر من يدها والا لزم ان يكون الشي علة الضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب
ثمة ولو قال لها انت طالق ما لم اطلقك انت طالق واضح واوله بقوله موصولا لانه اذا كان مفصولا وقعا
قياسا واستحسانا لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق وقوله والمراد به يد نحو قوله لا البس هذا الثوب وهو
لابسه ولا اركب وهو راكبها فنزعه في الحال وترك منها لا يحنث وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجد
ان وقت الاشتغال بالنزع والنزول .. **وقوله** ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق هنا ثلاثة الفاظ
النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض خاصة والليل فللسواد خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم
فانه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثرين انه حقيقة على
مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم لوجود القرينة وعلى التقديرين
لا يخلو من الظرفية فترجح احد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما صح ضرب المدة كاللبس والركوب
والمساكنة وغيرها الصحيح ان يقال لبست يوما او ركبت يوما او ساكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار
وهو اليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت
يوما او دخلت يوما او قدمت يوما فيحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال
الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفرار من الزحف يوجب
الوعيد ليلا كان او نهارا وقوله والطلاق من هذا القبيل يعني انه ليس من قبيل ما ليس بممتد فينتظم الليل
والنهار ليشير الى انه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتمييز المضاف بين سائر الايام ولهذا الوقت
فيه ما تعلق اهل اللغة ولهذا اذا قيل عبدي حر او امرأتي طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك او اختاري
يوم يقدم فلان يعتق عبده ويقع على امرأته اذا قدم ليلا او نهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها
بعد قدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما لاعتبار المظروف في الثاني دون الاول واعتبار عامة المشايخ
انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر لحصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما
لا يمتد ان كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر لحظه فيما اختلف الجواب كمسئلة الاختيار والامر
باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف رحمه الله المضاف اليه في مسئلة يوم اكلم فلانا فامرأته طالق مع
اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض
المشايخ وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستغنائه عن الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض النهار
خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تعمل حقيقة الحقيقة مع استعمالها بها عنها والله اعلم

فصل لما كان اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في
فصل على حدة وذكر فيه مسائل اخر متنوعة وكان حقها ان تذكر في مسائل شتى ومن قال لامرأته انا منك طالق

فليس بشيء وإن نوى طلاقا ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعي رحمه الله
يقع الطلاق في الوجه الأول أيضا إذا نوى لأن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بينهما
فإن الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب أنها تملك المطالبة بالوطء كما أنه يملك
المطالبة بالتمكين ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة
وكل ما وضع لذلك يصح مضافا إليه كما صح مضافا إليهما في الإبانة والتحريم وقلنا لا نسلم أن الطلاق وضع لإزالة
ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى أنها الممنوعة عن التزوج
والبروز ونسلم أنه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا لا يملك بالنكاح المهر
والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وقوله ولهذا أي لأنها مملوكة سميت منكوحة
أي واردا عليها ملك النكاح بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل
وهو مشترك فصح إضافتهما إلى الزوجين ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها فلو كان الزوجان في الإبانة والحل
مشتركين لا يعد الزوج إضافة الإبانة والحرمة إليها واللازم باطل فإنه إذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق
وقع ولو قال أنا بائن ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك أو عليك وأجيب بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم
الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فإنه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره ما دامت
في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وكانت
في عصمته فلا بد من ذكر منك أو عليك تعيينا للجهة **وقوله** ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء ظاهر
وقوله ولا فرق بين المسألتين يعني قوله أنت طالق واحدة أو لا وقوله أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء ظاهر
وقوله ولا فرق بين المسألتين في حق الشك في الإيقاع أو في حق الوضع وقوله ولو كان المذكور ههنا أي
في الجامع الصغير قول الكل نص محمد فيه روايتان لأنه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في أنه لا يقع شيء فكان
عند محمد أيضا لا يقع شيء وذكر قول محمد في طلاق المبسوط بأن عنده تطلق واحدة رجعية إذا قال أنت طالق
واحدة أو لا شيء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم وجود الروايتين عنده وقوله له أي لمحمد أنه داخل
الشك ظاهر وقوله ولهما أي لأبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصف يعني أنت طالق متى قرن بالعدد مثل أن يقول
أنت طالق واحدة أو ثنتين أو ثلاثا كان الوقوع بذكر العدد لإطلاق العدد على الواحد مجازا من حيث أنه أصل
العدد ومعنى كلامه أن الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الإيقاع فحينئذ كان الشك الداخل
في الواحدة داخلا في الإيقاع فكان نظير قوله أنت طالق أو لا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا وأوضح
ذلك بقوله ألا ترى وهو واضح وقوله على ما مر أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد وقوله فلا اجتماع بين
المالكية والمملوكية قد تقدم تقريره مستوفى وقوله فلأن ملك النكاح ضروري أي ملك النكاح إثبات
الملك على الحرة وهو خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فإذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين
ينتفي الحل الضروري لضعفه فإن قيل هذا مسلم فيما إذا ملك الزوج جميع منكوحته فأما إذا ملك شقصا
ههنا فينبغي أن لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لأنه لم يطرأ عليه حل قوي ولا ضعيف أجيب بأن ملك اليمين
دليل الحل فقام مقامه تيسيرا ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء
له مع قيام المنافي لا من وجه يعني من حيث العدة لأنها أثر من آثاره فلا تجب مع وجود المنافي وإلا لكان
ملك النكاح باقيا من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله وجه ولا من
ولا بقاء وقيل لا من وجه يعني إذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني إذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي
وقوله لا عدة ههنا لك يعني في حق مولاها الذي كان زوجها أي لا يظهر أثر عدتها في حق حل وطئها وأما العدة
في نفسها فواجبة حتى لو أعتقها ليس لها أن تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها **قال** وإذا قال لها وهي أمة

لغيره

وهذا الكلام يحتاج إلى بيان أنه تعليق مع عدم شيء من أدواته وأنه تعليق التطليق المذكور هو الطلاق وأنه تعليق التطليق بالإعتاق أو العتق

لغيره ومن قال لامرأته وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة
لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق أما أنه تعليق فلما بينه المصنف رحمه الله بقوله والشرط ما يكون معدوما
على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور يعني بقوله مع عتق مولاك إياك بهذه الصفة لأن الإعتاق من
المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا
وأما أنه تعليق التطليق فلأن تصرف المرء إنما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمرا شرعيا
ليس داخلا تحت قدرته وأشار إلى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقا
عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع علة العلة إلى زمان وجوده كما عرف في الأصول وأما أنه تعليق
التطليق بالإعتاق أو بالعتق فلما قال لأن اللفظ ينتظمهما أي يتناولهما على سبيل البدل أما الإعتاق فعلى طريق الاستعارة
لما أن العتق لما لم يتصور في غير القريب إلا بالإعتاق كان من باب ذكر الحكم وإرادة علته وأما العتق فعلى طريق
الحقيقة وهو الملفوظ فيثبت أنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق وإذا كان التطليق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد
بعده لأن الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد التطليق بعد ثبوته ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن
العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقي عليه وهي أن كلمة مع للمقارنة فتكون منافية لمعنى
الشرطية وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا فحملناه عليه بما
ذكرنا بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين أحدهما أن قوله مع عتق مولاك إياك لا يصح
لا بمعنى الإعتاق لما وجه النفي الثاني من الترديد والثاني أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قال لها وهي
أجنبية أنت طالق مع نكاحك لأنه يكون بمعنى إن نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الأول أن جهة النظر إلى لفظ العتق ليتبين
أثره فيما إذا قال لها أنت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني
بأن العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع إنما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزا
وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فإنه لا يملك التنجيز ولا التعليق إلا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من
صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك وإذا قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء
غد فأنت حرة فجاء الغد حرمت حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد زوجها يملك الرجعة كما في المسألة المتقدمة واعلم أن دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل
الإصلاح بالعناية وإنما أذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى معنى يعني في حيث
وجه التعليق علقه بالشرط الذي علق المولى به فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد والمعلق بالشرط إنما
عن العلة ينعقد سببا عند الشرط وكانا مقترنين في السببية لحكمهما أيضا والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته والحكم لا يتأخر عن علته
عند المحققين سواء كانت العلة شرعية أو عقلية أصلية الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق مقارنا للعتق لأن
التطليق يقارن الإعتاق على ما ذكرنا والإعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا أنه علته لا يتأخر
عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله فتطلق بعد العتق فاسد لأن الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق فالطلاق يقارن العتق
يقارن الإعتاق والإعتاق يقارن العتق فإن المقارن مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده وإذا كان العلتان والمعلولان
معا فكما أن الإعتاق صادفها وهي أمة فكذلك التطليق والتطليقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع
ما ذكره وقد ذكر محمد أيضا أن قوله أنت حرة أو جزء من قوله أنت طالق ثنتين وهما أي الإعتاق أو التطليق يوجدان لهذا
بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم أوجزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة
فيملك الرجعة عليها وهذا أقرب إلا أن قوله في زمان واحد ينافي قوله فيتقدم أوجزهما والله أعلم

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنوعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير

بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصبع يفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد
المبهم لما روي عن ابن عمر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون
تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض الجهال في
على محمد في قوله بالسبابة فانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث السبابة روي عن عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم
بماء فتوضأ فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوي
في شرح الآثار وقوله قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت
بالعدد وقوله والاشارة الى قوله تقع بالمنشورة منها ظاهر وقوله ولنا انه وصفه اي وصف الطلاق بما يحتمله
الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعدها بعضها يثبت به ولو لم يكن من محتملاته لم يعمل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين
واعترض عليه بانه لو كان من محتملاتها لجاز نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بائنة اذا نوى ولم يكن كذلك واجيب بان
النية انما تعمل اذا لم يكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغيير المشروع لان الطلاق شرع معقبا
للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ويخرج الى الفرق بين عدم جواز كون النية تغييره وكون جواز كون الوصف
مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال
انت طالق ولم يتعلق به تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا بينهما وعبر به متى وجد عدم اعتبار الكتب ولو نوى طلاقا
ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا للاعتبار المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله ومسئلة الرجعة
ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله لا رجعة تصريحا بنفي المشروع وفي
مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولم
يثبت قصدا كذا افاده شيخ شيخي العلامة وقوله فتقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت طالق بائن اذا لم يكن
له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الطلاق
الثلث انما صحت لكونها جنسا وقوله تطليقتان بائنتان يعني عندنا وفيما قاله الشافعي تطليقتان رجعيتان وقوله
لان هذا الوصف يعني قوله بائن او البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول انت بائن او انت البتة ونوى به الطلاق
فكذا اذا نوى به تطليقة اخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله انت طالق انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان
الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني بائنا
وهذا يشير الى ان الاول يقع رجعيا ابتداء فيصير بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا
صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا ابتداء فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان اراد بقاءه
رجعيا فليس بصحيح وقوله فيقع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن في الاحكام
الاربعة وهي قوله فيقع بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلث فثلث ولو نوى بقوله انت طالق واحدة
وبقوله افحش الطلاق اخرى يقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق او اشره او اشده او اكبره او اسوءه
لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وغير محسوس
فانما يعرف باثره فصار كانه قال انت بائن فان قيل افحش واشد ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا وافحش والفاحش
هو البائن والافحش منه الثلث فينبغي ان تقع الثلث به نوى او لم ينو اجيب بان افعل قد يكون لاثبات اصل الوصف
من غير زيادة كقول الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور سمي الاضافة بالمعنى الثاني وكلامه واضح لا
يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذي يبنى عليه اقوالهم وهو ايضا واضح وقوله وبيانه في قوله مثل راس الابرة يقع به واحدة
بائنة عند ابي حنيفة خاصة علا تقدير ان يكون محمد مع ابي يوسف وقيل مثل عظم راس الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي
حنيفة وابي يوسف ومحمد وقوله مثل الجبل يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ويحتمل ان كان مع ابي حنيفة لقوله

مثل

مثل عظم الجبل يقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما
عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس

باب

لما كان الطلاق قبل الدخول بمنزلة العارض من الاصل وله احكام تختص ذكره في فصل على حدة
بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا وقعن وقال الحسن البصري تقع واحدة بقوله انت
طالق وتبين بها الى عدة وقوله ثلثا تصادف فيها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا
ما ذكر في الكتاب وهو ان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وهذا
مبني على فرق بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الى آخره وانما يقدر المصدر محذوفا وقال لان الوصف نعت المرأة
وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل العدد والمصدر اولى بذلك لدلالة الوصف عليه فاذا
كان الواقع مصدرا محذوفا وقد قرن بقوله انت طالق ايقاعا على حدة والالزام عدد الطلاق وهو غير
مشروع فيقعن جملة وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملة فيكون كل
واحد ايقاعا على حدة والالزام عدد الطلاق وتبين بالاولى ولا تقع الثانية اذا لم يذكر في آخر كلامه
ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهي مبانة كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة
ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد
فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا
انه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد وهذه اي هذه المسائل الثلث وهي قوله انت طالق
واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا يوافق ما قبلها
وهي قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو ان الواقع فيها
ذكر العدد لان ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل
الثلث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه
بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة حية وقع الثلث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصور
العدد لا للوصفية قوله ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتاخير
فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة
قبلها واحدة او بعدها واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المصنف في الكتاب احدهما
ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع
في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فاذا قال لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل
واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل وتلغوا الثانية واذا قال قبلها واحدة
تكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في
الحال فيقترنان في الوقوع والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبلها قبله فيقتضي ايقاع الاولى
في الحال وايقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر في قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى
وتلغو الثانية لفوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان
لان كلمة مع للقران فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقا للمرادة فوقعتا معا وعن ابي يوسف في قوله معها
انها تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع قوله وفي
المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما ذكرنا بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع
الاولى قوله ولو قال لها ان دخلت الدار اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه
على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني كما اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت

(margin:) المبهم
(margin:) انت باين وكان ينبغي ان يكون احدهما رجعيا علا بقوله انت طالق
(margin:) واحدة

الدار فقد حلت ذم الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة
فكذلك عندهما وقال ابو حنيفة تقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية للجمع بينهما
فتتعلق جميعا وتنزل جميعا جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع
بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فان ما اخره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان
تحققه في الخارج لا يمكن الا باحد الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا
نجز بهذه اللفظة بان قال لها انت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان تنجيز الزائد على الواحدة شكا
فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك يتوقف فيه صدر
الكلام عليه فيقع جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالاولى فلا تقع
الثانية ولو نجز على التنصيص بلفظ الجمع لظهور انه لا يحتمل الترتيب وقوله ولو عطف بحرف الفاء فهو على
هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما
واحدا فتعلقا كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث
انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح قال وامّا الضرب الثاني وهو
الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية
ما استتر المراد به وحكمها ان لا يجب العمل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحال لانها غير موضوعة
لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ثم الكناية على ضربين ما يكون الواقع به واحدة
رجعية وما يكون واحدة بائنة فالاول ثلثة الفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة ولا بد لكل
واحد منها من احتمال متعين حتى يحتاج الى التعيين بالنية او بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر
المصنف في كل واحد منها وكلامه فيه واضح وقوله لان قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلثة مقتضى
اي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبرئي كما اشار اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد
بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا وقوله او مضمر يعني في قوله انت واحدة وقوله ولا يعتبر
باعراب الواحدة عند عامة المشايخ يعني سواء قال انت واحدة بالنصب او بالرفع او بالسكون فقوله هو
الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لتكون صفة الطلقة اما اذا
رفعها فلا يقع وان نوى لانه حينئذ يكون صفة شخصها وقيل هو قول محمد وعند ابي يوسف يقع في الاحوال كلها
لان نية الطلاق تعرب عن العرض وان اخطا في الاعراب وان اسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين
والصحيح ان الكل سواء لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة
في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة
اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتمال الطلاق وغيره الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فان القاضي
يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية واما جواز نية الثلث فلان الواقع بها اذا كان بائنا فالبينونة
تتصل بالمرأة للحال ولا اتصال لها ونقصان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل فتعدد المقتضي
تتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمبني بمعزل عن ذلك قال المصنف نوى يعني الفدوري
بين الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق ولبس على الطلاق بل انما ذلك في الاحج
رد افلابد من بيان ذلك بقوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضى وحالة
مذاكرة بان تسأله ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة
اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استتري تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله
اخرجي اذكري سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واعزبي وقومي واما تقنعي فمن القناعة وقيل من القناع و

الجار

الجار معنى الرد فيه هو ان ينوي والقنعي بما رزقك الله منى من امر المعيشة واترك سؤال الطلاق او اشتغلي
بالتقنع الذي هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والجاد وما يصلح جوابا
لا ردا وهي ثلثة الفاظ خلية وبرية وبائن وحرام اعتدي امرك بيدك اختاري ولحكمة الاول يصلح للسب والشتمة
ايضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضى لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق
وغيره فلا بد من النية كتعيين احد المحتملين والقول قوله في انكار النية مع يمينه وفي حالة مذاكرة الطلاق
لم يصدق قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة
لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا
وردا وهو الفاظ السبعة المتقدمة من وقوله وما يجري هذا المجرى يريد به مثل اعزبي واستبري لانه
احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد او
السب الا فيما يصلح للرد والشتم وهو ثلثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها
لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي
عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم انو الطلاق يصدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه اربعة
الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف بالخمسة المذكورة المتحملة للسب من حيث انها
السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لانك اقل من ان ينتهي الى ملكي وانسب اليك ما تملك
ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك لهدارتك وفارقتك في المضجع لدوك
وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك اوحش من ان تكوني حليلتي قال ثم وقوع البائن بما سوى
الثلاث مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة وقال الشافعي يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود لان
الواقع بها طلاق واحد لانها كنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق يعقب الرجعة
كالصريح فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا ولنا انه تصرف الابانة صدر عن اهله مضافا الى محله
عن ولاية شرعية وكل ما صدر من اهله لذلك كان منجما لا محالة اما الاهلية فلا خفاء فيها لان الكلام
في الاهل واما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق واما الولاية الشرعية
فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال على ولاية الابانة
بوجهين ذكرهما المصنف احدهما قوله لئلا ينسد باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في عدتها بالمراجعة
من غير قصد وقوله باب التدارك اي تدارك دفع المرأة عن نفسها لانه لو لم تقع البينونة عينا بنية
عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبله بشهوة فتثبت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا في النهاية وفي هذا
كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا الا انه يعينه تفسير الوجه الثاني وان جعلت الوجه الثاني تفسير الاول بالعطف
فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه واذا فسد التفسير فسد المفسر
والاولى ان تفسير قوله كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الاسباب
فيريد فراقها على وجه يحل له الرجوع متى تداركه فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلثا ولا يرضى باحلال
فينسد عليه باب التدارك ولما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره
ما ذكره صاحب النهاية ولقائل ان يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف الابانة قد صدر من اهله الى اخره
فيكون منجما والمدعي ان هذا المتصرف يتصرف ابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر
من اهله والجواب ان هذا الدليل يدل على الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة
من غير قصد محتاج اليها لا بد منها وهو لا يمكن ان تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين
ان يكون البينونة الخفيفة طلقة واحدة وقوله وليست كنايات عن التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات

عن التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكناية عن الطلاق الصريح انما تكون كالصريح في
العمل ان لو كانت حقيقة وليست لذلك لانها عوامل في حقيقتها حقايقها وقوله والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب
عن قوله ولهذا يشترط النية وتقريره اشتراط النية ولو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس لذلك بل
هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا الطلاق يعني النية شرط الطلاق البائن لا الطلاق المجرد
وقوله واستعمال العدة جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن بمنزلة الوصلة وكل ما هو كذلك
ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا
وقوله وانما تصح نية الثلث جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقايقها لما صح نية الثلث في قوله انت باين مثلا
كما لا يصح في قوله انت طالق لانه عامل بحقيقته وتقريره بصحة نية الثلاث لم يكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من
حيث تنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن ولا يصح به الثنتين
عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني في اول باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلث
انما صحت لكونها جنسا الى اخره **قال** وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي فهذه المسائل
تحتمل وجوها هذه تفصيلها نوى بالجميع وقعت ثلث ● نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة ● لم ينو شيئا لم يقع شيء ●
نوى بالاولى طلاقا لا غير ووقع ثلث ● نوى بالثانية طلاقا لا غير ووقعت ثنتان ● نوى بالثالثة طلاقا لا غير ووقعت
واحدة ● نوى بالاولى حيضا لا غير ووقعت ثلث ● نوى بالثانية حيضا لا غير ووقعت ثنتان ● نوى بالثالثة حيضا
لا غير ووقعت واحدة ● نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير ووقعت ثنتان ● نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة
حيضا لا غير ووقعت ثنتان ● نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير ووقعت واحدة ● نوى بالاولين طلاقا
لا غير ووقعت ثلث ● نوى بالاخريين طلاقا لا غير ووقعت ثنتان ● نوى بالاولين حيضا لا غير ووقعت ثنتان نوى
بالاخريين حيضا لا غير ووقعت واحدة ● نوى بالاولى والثانية طلاقا لا غير ووقعت ثلث ● نوى بالاولى والثالثة
حيضا لا غير ووقعت ثنتان ● نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا ووقعت ثنتان ● نوى بالاولى
والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا ووقعت ثنتان ● نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا ووقعت
ثلث ● نوى بالاولى والثانية حيضا والثالثة طلاقا ووقعت ثنتان ● نوى بالاولى والثالثة حيضا
وبالثانية طلاقا ووقعت ثنتان ● نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا ووقعت واحدة ● وبناء
هذه الوجوه على الاقتصار وعلى ان حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية شرط بعد مذاكرة الطلاق فلهذا لك والله اعلم
وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول
الامين مع اليمين والله اعلم

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره
لان الاصل تصرف المرء لنفسه

فصل في الاختيار

الاختيار في هذا الباب ثلث فصول بالا ستقرا وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا
واستحسانا القياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ
حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيئا لا يملكه تمليكه لغيره لكن اخذوا
ترك القياس لاجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة انهم
قالوا اذا خير الرجل امراته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن
غيرهم خلاف فحل محل الاجماع **قال** ولانه تمليك دليل معقول على ان الاصل ان يقتصر الجواب
على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان
التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التابيد يتابد لكن تركنا هذا القياس باثار الصحابة والمصنف جعله

كالبيع في كونه تمليكا ثم لا يخلو اما ان يكون البيع مما يتابد او مما لا يتابد فان كان الاول بطل القياس اعني قياس
المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره
صاحب النهاية ثم فرق بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل
يقتضي ان يكون الوكيل عاملا لغيره والمراة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا واورد في
ذلك شبها احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه
في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس وتملك صاحب الدين الرجوع قبل
الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا لتوارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال
طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق وطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث واجاب عن الاولى
بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال
مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام
بذكره واقول التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وحينئذ
تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقول فقبله لا ملك
لها وبعده زال ملكه فلم يتواردا الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسالة ممنوعة والمنع
مذكور في الزيادات ثم ان المراة اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال علي
يقع تطليقة رجعية كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما ناخذ بقول عمر وابن مسعود انه لا يقع في ذلك
شيء قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها
فواحدة بائنة عندنا وهو قول علي لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يقع
ثلث وان نواها الزوج لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم وقوله ولا بد من ذكر
النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا ليس بمختص بذكر النفس في حق ارادة الطلاق البائن من التخيير
فان البينونة كما تقع عنده ذكر النفس في احد الكلامين فلذلك يقع بذكر ما يقوم مقام النفس في احد الكلامين
كالتطليقة والاختيار وهو واضح **وقوله** حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل قيل اذا لم يصدق
الزوج بانها اختارت نفسها اما اذا صدق فانها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله ولا تعيين مع الابهام
يعني ان اختاري من الكنايات تحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله ولو قال اختاري
نفسك ظاهر وقوله فيضمن اعادته اي عادت كلامه فكانها قالت اخترت ما امرتني باختياره وهو النفس وقوله
وكذا لو قال اختاري اختياره بيان ما يقوم مقام النفس في التعيين لان الهاء في الاختيار تنبئ عن الاتحاد
لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد
اخرى بان قال لها اختاري نفسك بما شئت او بثلث فصار مفسرا من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه
لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاع النكاح وهو غير متعدد **وقوله** ولو قال لها اختاري فقالت اخترت
نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المراة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت المراة
اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة ولو قال اختاري فقالت المراة اخترت اختيارة والحكم
فيهما سواء لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فلذا بالنسبة الى ذكر
الاختيارة ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني
ان ارادت الاستقبال او يحتمله ان لم ترد فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه
لا يقع الطلاق بهذا وجه الاستحسان حديث عائشة وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك
ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا بدا رسول الله صلى الله عليه وسلم

بغاية فقال إني مخبرك بأمر فلا تجيبي حتى تستأمري أبويك ثم أخبرها بالآية فقالت أفي هذا أستأمر أبوي لا بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها والواقع كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة يمكن أن يكون مرادة كما في كلمة الشهادة فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه إيمانا لا وعدا بالإيمان وكذا الشاهد إذا قال أشهد بكذا فلا إيصال إلى المجاز بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لأن الحمل على الحقيقة متعذر إذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث إن الإيقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه ولا كذلك أختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها القلب لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم بمحاله واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بأن النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معنى المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة إرادة الحال بدلالة العادة العرفية والشرعية لدلالتها على أن مثل هذه الصيغة للحال كقول الرجل فلان يختار كذا أو أنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس من وظيفة النحوي فلا معتبر بكلامهم فيه وإنما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل إلينا من كتبهم وأهل الأصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والأول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأن الاشتراك مخل بالفهم على ما عرف قال ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة ولا يحتاج إلى نية الزوج ولا إلى ذكر النفس وعندهما يطلق واحدة وإنما لا يحتاج إلى نية وإن كان من الكنايات لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي هو يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج إلى ذكر النفس لزوال الإبهام فالأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لفرد مركب وليس المحل يحتمله ترتيبا فيلغو الترتيب ويبقى الإفراد وكأنها قالت اخترت التطليقة الأولى لأن معنى قولها اخترت الأولى اخترت ما صار إلي بالكلمة الأولى والذي صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفي ذلك يقع واحدة فكذا ههنا ولأبي حنيفة أن هذا وصف لغوي لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فإن القوم إذا دخلوا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وإنما الترتيب في فعل الأعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخرا وكلما لا يترتب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو الترتيب وهو الأولى وأخواتها وإذا لغى اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الإفراد أيضا لأن الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والإفراد من ضروراته وإذا لغى في حق الأصل لغى في حق البناء وإذا لغى في حقهما بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه أطلق الكلام على الأولى أو الوسطى أو الأخيرة وكل منها مفرد والمفرد لا يكون كلاما والثاني أن الأول اسم لفرد سابق وكان الإفراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم بمعنى وصفه والجواب عن الأول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وإن لم تكن مفيدة وهذا إطلاق اللغة على ذلك الاصطلاح ويجوز أن يكون مجازا من باب ذكر الكل وإرادة الجزء وعن الثاني بأن كلا من ذلك صفة والصفة ما دل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الأولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح أن الترتيب أصل والإفراد من ضروراته لأن الصفة لا

تقوم

لا تقوم إلا بالذات التي لزمها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المخلصين خيرا ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري فهي واحدة يملك الرجعة لأن هذا اللفظ يعني قولها قد طلقت نفسي أو اخترت بتطليقة توجب الانطلاق أي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فإن قيل إذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لأن المفوض إليها الاختيار وهو يفيد البينونة أشار إلى الجواب بقوله وكأنها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا من حيث إن الاختيار قد وجد منها قال الشارحون وقوله ويملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لأن المرأة إنما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فيملك الإبانة لا غير والأصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لأن روايات المبسوط والجامع الكبير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل أيضا يساعده وذكر في عامة النسخ فإن ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو أن التطليقة لا يثبتنا ولا أكثر من الواحدة وإنما يكون بائنا لأن العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لأنه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة قيل فعلى هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا تصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب أن قولها اخترت إنما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه أضعف من الطلاق فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى وههنا لم يكن أضعف لأن صحة هذا الجواب بالنظر إلى ظاهر كلامه وهو الأمر باليد والاختيار دون ما يؤول إليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز أن يقع قولها اخترت جوابا له

فصل في الأمر باليد

أخر فصل الأمر باليد عن فصل الاختيار لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة إذا جعل أمرها بيدها فالحكم فيه كالحكم بالتخيير في المسائل قال في النهاية إلا أن هذا أصح قياسا واستحسانا لأن الزوج مالك لأمرها فإنما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ولا يرجع حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بإيقاع الطلاق وفيه نظر لأنه ذكر في الاختيار أنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الأمر باليد كذلك فينبغي أن لا يصح قياسا كما في الاختيار إلا إذا أثبت أنه إذا قال أمرك منك بيدي أو أمرك في يدي وقع الطلاق فيندفع وإذا قال لامرأته أمرك بيدك ينوي بذلك ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث وبيانه يحتاج إلى إثبات صحة جواب الأمر باليد بالاختيار وإلى كيفية الدلالة على الثلاث أما الأول فقد بينه بقوله لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير وكانا متساويين في القوة والضعف فجاز أن يقع جوابا له وأما كيفية الدلالة على الثلاث فلأن الواحدة صفة الاختيار فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة أي باختيار واحد بدليل ما بعده وهو قوله وهو في الاختيارة وإنما عبر عنها بمرة لأن الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بما هو مهماها وبذلك أي بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لأن معناه اخترت جميع ما فوض إلي باختيار واحد وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض إليها ذلك ولو قالت يعني في جواب قوله لها أمرك بيدك قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف فوجب إثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو في الأولى الاختيار ولهذا اخترت عنه وفي الثانية التطليقة ولهذا طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله وهي في الأولى الاختيارة ولهذا اخترت عليها فيكون في الثانية التطليقة ولهذا طلقت عليها إلا أنها تكون بائنة لأن أمرك بيدك من ألفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلاث

المذكورة وكان التفويض في البائن ضرورة أنه ملكها أمرها فقوله في البائن خبر ان وقوله المفوض حصل في البائن
ضرورة أنه ملكها أمرها يقتضي البينونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فيصير
الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في إيقاع المرأة لكون كلامها خطابا في الكلام فإن قيل ما الفرق
بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان
الواقع في الأول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بائنا كما ذكره وهل هذا إلا دليل على ما تقدم من كان سهوا من الكاتب
كما ذكره الشارحون فالجواب أن الاختيار القياس فيه أن لا يقع الطلاق وإن نوى الزوج إلا استحسانا بالإجماع والصحابة
والإجماع إنما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع من صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف
الأمر باليد لأنه من ألفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلنا عن صاحب النهاية في أول الفصل وإنما يصح نية
الثلث في قوله أمرك بيدك دون اختاري لأنه يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الإسلام الأمر اسم عام في كل
شيء قال الله تعالى والأمر يومئذ لله أراد به الأشياء كلها وإذا كان الأمر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فإذا نوى
الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلث نية التعميم
بخلاف اختاري فقوله اختاري لأنه يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لأن الاختيار لا يتنوع
قال ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه
الليلة حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر
في يدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الأمر
فإنها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا أمرين فرد أحدهما لا يرد الآخر وهذا دليل كون الأمر بيدها
بعد غد بعد رده في اليوم وقوله أي ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو
كما ترى إدراج مغلق وإن كان ظاهرا وقال زفر هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد في كون أحدهما
معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر وقلنا الفرق بينهما ظاهر وهو أن الطلاق لا يحتمل التأقيت وكان الطالق
اليوم طالقا غدا أو بعد غد وغيره وأما الأمر باليد فإنه يحتمله وذكر وقتين غير متصل أحدهما بالآخر لتخلل وقت
بينهما غير مذكور فتوقت بالأول وجعل الثاني أمرا مبتدأ كأنه قال أمرك بيدك بعد غد ولو قال أمرك بيدك
اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر **وقوله** لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع معناه
ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الذي صدر من زوجها بأن تقول لا أقبل كما أنه ليس لها أن ترد الإيقاع الذي أو
قع زوجها عليها بقوله أنت طالق وإذا كان كذلك كان الأمر باقيا في الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا
وقوله وجه الظاهر ظاهر وقوله وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وقال شمس الأئمة هذه هي الرواية
الصحيح وجعل قاضي خان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر خلاف أحد وقوله وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم
فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها ظاهر مما تقدم من أنه يذكر في فصل إضافة الطلاق
والبيان أشار بقوله وقد حققناه من قبل قوله يتوقت به أي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه وإذا جعل أمرها بيدها
أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لأن هذا تمليك التطليق منها لأن المالك من يتصرف
برأيه وهذه تتصرف برأي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله
التمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لأنه قال قبل هذا إذا قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل
الليل في ذلك وذلك يقتضي أن الأمر بيدها لا يبطل في يومين وإن قامت عن المجلس لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس
لم يكن لتقييده بيومين فائدة لأن المرأة لم تقم من مجلسها يوما أو أكثر لا يخرج الأمر من يدها وهذا يقتضي أن يقتصر
على المجلس وبينهما تناف ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك أي الذي سمعت فيه وإن كانت لا تسمع لغيبة أو لصمم
يعتبر مجلس علمها بلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التطليق وأما ما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال إن دخلت

الدار

الدار فأنت طالق وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق وفيه نظر لأن التمليك لا يحتمل التوقيت
والتعليق كذلك والأمر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له وأجيب بأن التمليك الذي
هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالإجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت وإذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار
الأمر بيدها في المدة التي وقتها فلو بطل الأمر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة وبهذا خرج الجواب
عن النظر المتقدم أيضا وأما من حيث التعليق فلاحتمال التوقيت فإذا كان الأمر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا
جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين وإذا اعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الأمر
إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الإمكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة فالخيار
باق لأن التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسهما
جميعا فإن أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع أحدهما
عن كلامه قبل قبول الآخر جاز وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول من مجلس إلى مجلس آخر ومرة بالأخذ في عمل آخر
على ما بيناه في الخيار يعني قوله أو مجلس للأكل غير مجلس المناظرة إلى آخره وقوله ويخرج الأمر من يدها ظاهر وقوله
وليس للتقدير به أي باليوم لأنه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض يبقى الأمر في المراد بقوله وقوله
قول محمد في الجامع الصغير وقوله ولو كانت قائمة فجلست ظاهر وقوله والأول أي رواية الجامع الصغير
أصح لأن من حزبه أمر قد يستند للتفكر لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله ففيه روايتان عن أبي يوسف
في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن بن أبي مالك عنه يبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج
فيما ذكرنا قيل إنما خص أبا يوسف بالذكر وإن احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لأنهما نقلا عنه وقوله ولو قال
ادعوا إلى شهود ظاهر وقوله والسفينة بمنزلة البيت يعني أنها إذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر والله أعلم

فصل في المشيئة

قد تقدم وجه تقديم الاختيار
وبعده التوكيل عن تقدم الأمر باليد والمشيئة دوري فيسقط ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى
واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها سواء
طلقت جملة أو متفرقة وقوله لأن قوله طلقي ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة وكان الابتداء فيه بما
ليس فيها ذكر المشيئة أولى وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق
والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب أن الإبانة من ألفاظ الطلاق لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح ألا ترى أنه
لو قال أبنتك ينوي الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق
ما فوض إليها لكونه تطليقا فكانت الإبانة موافقة للتفويض في الأصل وإذا كان الجواب موافقا للسؤال من
حيث الأصل ألا ترى أنها زادت فيه أي في الجواب وصفا وهو تعجيل الإبانة لأن الرجعة إنما تفيد الإبانة

٧ كان صحيحا من حيث الأصل صح

بعد انقضاء العدة فإما أن يبطل الأصل لأجل ما زيد فيه من الوصف أو يلغو الوصف لرعاية الأصل وإلغاء
الوصف لتصحيح الأصل أولى فيصار إليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي أن
يقع تطليقة رجعية إنما قال هكذا تفسيرا للكلام محمد فإنه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر والذي أنه مستغن
عنه لأن كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل **قوله** بخلاف الاختيار متعلق
بقوله لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير ما فوض
إليها حيث كان المفوض الطلاق وما أتت به الإبانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه الرواية إبطال الأصل
للوصف وهو ضعيف وعن أبي يوسف أنها تطلق طلاقا بائنا لأن الزوج ملكها إيقاع الطلاق مطلقا وهو
يملك إيقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذه ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الأول
أعني ظاهر الرواية وإن قال لها طلقي نفسك ظاهر وحكمه اللزوم نظرا إلى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا إلى التمليك

وفيه نظر لان البيان انما يحتاج اليه اذا كان اللفظ محتملا لهما وما نحن فيه ليس كذلك والجواب ان وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك
فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني
بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما وجوده متردد ومجرد طلاق الضرة اذا فوض اليها امر به
كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي
يعمل لغيره والمراة في طلاق نفسها عاملة لنفسها لتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر
لانها في طلاق ضرتها اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان تكونا من باب المشية اولا والحال يمول
التمليك او يمول التوكيل او الحكم الباطل وان قال لها طلقي نفسك متى شئت واضح وللقايل ان يقول التمليك في هذه
الصورة موجود اولا فان كان الثاني لا تقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم
التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك والحكم قد يتاخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص
العلة وموضعه الاصول وقوله واذا قال لرجل طلق امراتي واضح ومناطه ما ذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك
عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس له
ان يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيته لا يقال قد تبين
مما ان الوكيل في التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته لا يقال قد تبين
لان الاختيار لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا ثبت ذلك كان الثاني توكيلا لا الاول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع
بع ان شئت فان ذكر المشية لا يخرج الوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن
مشيته لا يقال قد تبين انفا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيته لانا نقول المشية نوعان مشية يفتقر اليها الحركة الارادية
وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشية اخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة في التوكيل مع جهة حظر
في فعل قوله طلقها ابتغاء للفعل للموكل والثانية انما تكون في المالك وقد نوضحها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا
هذا ما امكنني تلخيصه من كلام المشايخ وللقايل ان يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه
الصورة واقول اذا انبنى الكلام على ما قدمت ان التمليك اقدار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقدار شرعي على
نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على ما مر
ثم اقول والوكيل في الطلاق كالرسول حيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا وقوله
طلقي ضرتك وقوله لاجنبي طلق امراتي ويحتمل الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها
كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتامله
فالعقد مخلص والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل
للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قال** وان قال لها
طلقي نفسك ثلثا هذا البيان لمخالفة المراة ما دخلها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة ظاهرة واما الثانية فوجه
قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقتها وضرتها كما تقدم فيما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت
نفسي فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة لعدم المطابقة في اصل الطلاق وكذلك
قولها طلقت نفسي منك مثلثة ويلغو قولها ثلثا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعل كذلك كانت مبتدية
كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها متوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهبنا
اهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما اجيب بان ذلك في العشرة
الموجودة او المتصورة واما الثلث هنا فمعدومة والواحد الموجود غير الثلث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة
لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة فطلقت نفسها ثلثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها
اذ الثلث غير الواحدة على ما ذكرتم اجيب بان التفويض هناك لم يتعرض من لشيء وقد يكون خاصا وقد يكون عاما

فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو مخالف للظاهر فلما اوقعت ثلثا فقد وافقته فيما هو اصل
التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فتقع الواحدة وقوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر وكذا قوله
وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلاث اذ الشرط لا بد له من جزاء اما ان
يكون المتقدم عليه او بعده ومثله متاخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشية الثلاث ولم توجد بمشية الواحدة
وكذا عكسه عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشرط مشية الواحدة ومشية الثلاث ليست مشية للواحدة كما ان ايقاع
الثلاث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان
شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين
احدهما كان ينبغي ان تقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بقصد اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك
اتى بلفظ صريح الطلاق فينبغي ان لا يحتاج الى النية واجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها
ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشية فيكون شائيا لمشيتها لا لطلاقها لا يقال كلامها مبني على كلامه الاول وفيه
ذكر الطلاق لان كلامها لغى بالاشتغال بما لا يعنيها فلغو ما بني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك
قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا وقوله اذ المشية
تنبئ عن الوجود قيل لان المشية في الاصل ماخوذ من الشيء وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاد
الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال صلى الله عليه وسلم الحي واريد الموت اي طالبه
فان قيل ذهب علماؤنا رحمهم الله في اصول الدين على ان الارادة والمشية واحد فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز
ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما يريد
بخلاف العباد **وقوله** وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي ظاهر وقوله لان التعليق بامر كاين
تنجيز قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك واجيب بان بطلان
التالي ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا حصل بها التعليق بفعل مستقبل فكذا
اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم **وقوله** ولو قال لها انت طالق اذا شئت الى اخره واضح
وقوله فلا يحتاج الى الشك وقوله فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها
بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك وقوله وقد مر من قبل يعني في
فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولو قال لها انت طالق كلما شئت ظاهر وقوله فلا تملك الايقاع
جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو ان تقول طلقت نفسي ثلثا والجمع ان تقول طلقت واحدة وواحدة
وواحدة وهذا هو الظاهر ولو قال لها انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل اذا الغي ذكر المكان بقي قوله
انت طالق شئت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة اجيب بان
حيث واين يفيدان ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا ضربا من التاخير فيشتركان في تحقق معنى التاخير فيجعلا
مجازا عن حرف الشرط لما ذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذ جعلا مجازا عن حرف ان واما
اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا او متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن اذا ومتى اجيب بان جعلهما مجازا عن
ان اولى لما انها محض الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق
تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان واما اذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة
فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال انت طالق غدا او عموما كما لو قال انت طالق اي وقت
شئت **قال** وان قال لها انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا رحمهم الله فيما اذا قال
انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيتها اولا فقال ابو حنيفة لا يتعلق بل يقع طلقة واحدة
ولا مشية لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشية اليها في المجلس بعد ذلك من رجعي

من التنوي الزوج شيئا أو لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها فذاك وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا او بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شي لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فاذا شاءت او وقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلث لانه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلابد من تعليق الاصل بمشيتها ليثبت لها المشية في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله والا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سوال مشهور وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روي عن الطحاوي ان للمراة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلثا في قول ابي حنيفة قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال فما وقع بحجي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مناسبة لهذا التفويض بعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر توضيحه ان المناجز الى المشية ما علق بها والتعليق بالمشية انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق ليس في شي منه وهو لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجز اصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشي مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان في غير المدخول بها لا اثر لمشية الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فلغو تفويض الصفة الى مشيتها وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشية بعد وقوعه وقوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة رحمه الله ولا حاجة للعتق [illegible] وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة لان ما اورده في هذا الفصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة لا غير فذكره ليبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل وان قال لها انت طالق لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ذكره في اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يبيح ان يطلقها ثلثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها مشية القدرة لا مشية الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روي عن الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها قوله لانهما يعني كم وما يستعملان للعدد قال الله تعالى ما دمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد والاصل فلا يثبت العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح باصل اخر وهو ان هذا تفويض بمعنى العدد لا بمعنى الو وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فيتعارض فيصار الى الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح اولى قال فان قامت عن المجلس بطل لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد اذ ليس فيه ما يدل على التكرار وقيل هو احتراز عن كلما وكل ما هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسوال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا وقيل هو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال فلما فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار وان قال لها طلقي نفسك من ثلث

ماشية

ما شية فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها ان تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز يعني البيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك في موضعه والامر المحكم والمحتمل يحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعامي ما شئت وطلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحد عام وبالنسبة الى الثلث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بعام اجيب بانه يتناولها دلالة واذا كان العمل بهما ممكنا لا يهمل احدهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدليل خارجي وهو اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك حتى لو قال من شئت كان على الخلاف قيل لو ان طلقت نفسها ثلثا لا يقع شي عند ابي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا الذي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع وقد مر

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق والشرط والمركب موخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامراة ان تزوجتك فانت طالق او على العموم كقوله كل امراة اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر رضي الله عنه روي عنه ذلك في الظهار وقال الشافعي رحمه الله لا يصح وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امراة فابى اولياؤها ان يزوجها فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا التصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة لم تثبت بعلية في الحال عندنا كما عرف في الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع بوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة لم تثبت علة في الحال عندنا واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ الذي الشرط وانتفاء المانع بوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف قابل به وقوله وقبل ذلك اي قبل وجود الشرط اثره المنع وهو قائم بالمحل لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكر في الانوار والتقرير **وقوله** والحديث يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سالوه صلى الله عليه وسلم عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه او اثباته والحمل على التنجيز ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبد الله واصحابه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان الاصل بقاء الشي على ما كان وهو استصحاب الحال لا يقال

لمحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يثبت حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه قوله فصح يمينا يعني عندنا على ما مر وايقاعا يعني عند الشافعي فان عنده كونه طالقا تعليق لا التطليق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت حكمه فيه ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا فليكن مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة فان الحامل على الحمل او المنع الذي عقد اليمين لاجلهما وهو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره باحد هذين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعني الحمل والمنع والاضافة الى سبب الملك كقوله ان اشتريتك فانت حر بمنزلة الاضافة الى الملك لقوله ان ملكتك فانت حر لانه اي الجزاء ظاهر عند سببه يعني سبب الملك. قوله فان قال لاجنبية تفريع على ما تقدم من الاصل وهو ظاهر واعترض بانه لم لا يجوز ان يقدر تزوجتك حتى يكون معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغاء واجيب بان فعل اليمين مما يندرئ به فلا يجوز تصحيحه قوله على وجه يؤدي الى مدة منه كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة ولئن كان فقد يقع فيما يكون محظورا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر ادنى رتبة من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان التزوج اعلا رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه اصول الفقه قال والفاظ الشرط عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان بعضها اسماء ولم يورد احدهم الشرط وضعا وهو لو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائه بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين تعقد للحمل او المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فاني له مدخل في ذلك الوقت قوله لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو ان يجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيفتقد ذلك ليستقيم وقوله وهذه الالفاظ مما يليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر بعدها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله هنا لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الفاظ الشرط ودليله ان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ مما يليها الافعال وهذا ايضا مسلم ولكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح وقوله الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار فيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم يبق اليمين فان من قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلك فكان الواجب ان يقول في الاستثناء الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم في كلمة كل موجود

ذكرنا

ذكرنا انفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الحصر انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني المراد بقوله من ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم تعميم الافعال انما يكون متجددة الامثال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الثلث فان تزوجها بعد زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء ينتفي الكل وفيه خلاف زفر وسيجيء ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج اخر لما ذكرنا ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما مر ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء ايضا باق لبقاء المحل وهي المراة فتبقى اليمين كما كانت في محلها وهو ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقاء اولى اذ البقاء اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فاذا كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انحلت اليمين وان كان الثاني انحلت لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح قوله ولم تطلق فلانه ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع وقوله كما قبل في العدة والغشيان اما قبوله في العدة فبان يقول قد انقضت بقضي واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان يقبل قولها في حق النكاح وحرمته بقولها انا طاهرة او حايض وقوله لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها فيه بحث وهي انها لا تخلو من الحيض وعدمه والمال شمول لطلاقهما او شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا معدوما في حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والاخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثمة ذلك اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه وقوله وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر وقوله لما بيناه اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد يحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله في حقها ان تعلق الحكم باخبارها

ظاهر وقوله وإذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق... الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق أنه لو قال
إذا حضت فأنت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكتساب له وكان الطلاق بدعيا
وإذا قال إذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لأنه لا يقع إلا بعد ما طهرت وقوله في حديث الاستبراء ثبت
به ما قال صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة أراد به كمال الحيض وهو إنما يكون
بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرة أيام وبالانقطاع والغسل أو ما يقوم مقامه إذا كانت أيامها
دون العشرة وقوله وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما ظاهر مما تقدم وإذا قال إذا صمت يوما فحكمه كذلك
بخلاف ما إذا قال إذا صمت فإنه إذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكرنا في الكتاب

قال ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة ● هذه المسألة لا تخلو عن
أوجه أعلم أن الغلام ولدته أولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية فلا يقع شيء بعده وإن علم أن
الجارية ولدت أولا طلقت ثنتين وإن اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وإن لم يدر أنهما أول لزمه
في القضاء واحدة لأنها بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان طلقها
قبل هذا واحدة لا يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال أنها مطلقة ثنتين وترك وطء امرأة يحل وطؤها خير
من أن يطأ امرأة محرمة عليه وقوله والعدة منقضية بيقين لما بينا أنها تنقضي بوضع الولد لأنها لو ولدت
الغلام أولا أو آخرا وحاصله أن انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل وقوله أن كلمة إنما عمم على ما ذكره في الكشاف
واقع سوى الفاظ التي ذكرها قوله في حق الطلاق كشيء واحد يعني من حيث إن الطلاق لا يقع إلا بهما فصار الشرطان
بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا صحة الكلام أي صحة هذا
الكلام الذي هو اليمين بأهلية المتكلم وهي ثابتة به فيكون صحته قائمة به بأن يكون به محلا ذمته ولا يحتاج
إلى ملك لكن شرطها الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فإن الملك إذا كان موجودا
وقت التعليق فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط وأما إذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا
أو مانعا وحالة تمام الشرط لتنزل الجزاء لكونه لا ينزل إلا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود
الملك لأن اليمين تقوم بمحلها وهو الذمة كما إذا علق طلاقها بالشرط فأبانها وانقضت ثم تزوجها فإنها تطلق
بالاتفاق ولم يبطل اليمين الذي بزوال الملك فكان كالنصاب إذا انتقص في خلال الحول فإنه لا يعتد وقوله
وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا مسألة الهدم وهي معروفة وتمام الخلاف لا يظهر فيما ذكره
في الكتاب فإنها إذا تزوجت بزوج آخر وعادت إلى الزوج الأول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث
بالاتفاق أما عند محمد فلعدم الهدم وأما عندهما فإن وجد الهدم فبالدخول في الدار يقع الثلاث
لأن الثلاث معلقة بدخول الدار وإنما يظهر فيما إذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها بعد
طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم
وعندهما لا تثبت لتحققه وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت
إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لأن الجزاء مطلق لإطلاق اللفظ إذ لم يقيده بملك
في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله وقد بقي احتماله وقوعها أي بكاحها ثانيا بعد ما تزوجها بزوج آخر
وبقي اليمين فإذا وجد المحل يقع الجزاء ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك بدلالة الحال وإنما قلنا إن
الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة إذ الظاهر عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط
أو حاملا عليه فهو الجزاء لأن اليمين للمنع أو الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك
وإذا كان الجزاء ذلك فقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء
وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فينتفي بانتفاء جزئه واعترض بأن انعقاد اليمين لو اختص في المنع والمنع

لم يصح

لم يصح أن يقال إن حضت فأنت طالق لأنه لم يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا وأجيب
بأن الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لأن السؤال لم يختص في صورة الحيض حتى يكون
نادرا وإنما هو وارد في الوجدانيات كالحب والكراهة والجوع وغيرها والصواب أن يقال الشرط في
مثل ذلك هو اختيارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله بخلاف ما إذا أبانها يتعلق بقوله
وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما إذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل
ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بثلاث تطليقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهي مسألة
الهدم وطولت بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه
ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسألة الظهار فإن هذه
المرأة لو كان قال لها زوجها إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه بعد
زوج آخر كان مظاهرا منها إن دخلت الدار وأجيب عن الأول بأن العبد بصفة الرق كان محلا للعتق
وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فات بالعتق لم يبق اليمين وعن الثاني بأن محلية الظهار لا تنعدم
بالتطليقات الثلاث لأن الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فإن تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود
التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني إلا أنها إن دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث إنما لا يصير
مظاهرا لأن الظهار تشبيه الحلال بالحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وإنما يوجد بعد الزوج
لها فإذا دخلت الدار ثبت الظهار قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا ظاهر
وقوله في الفصل الأول يعني إذا لم يخرجه **وقوله** لوجود الجماع بالدوام عليه معناه أنه
جعل الدوام على الباب بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتداء وقوله ولا دوام للإدخال معناه
أن للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والإدخال ● ع هو الإدخال ولا دوام له وقوله وجب العقر
قال في ديوان الأدب العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الإمام العتابي
العقر في شرح الجامع الصغير وقوله لوجود المساس إشارة إلى هذا له حكم الابتداء فيما له حكم الابتداء
فيما له دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبي حنيفة وأما دوام المساس فهو موجود
بالإجماع وعن هذا قيل ينبغي أن يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة

فصل في الاستثناء

هو التكلم بالباقي بعد الثنيا والحقه
بفصل التعليق لتناسبهما في كونهما بيان التغيير ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء
لأنه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسألة إن شاء الله تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق
في أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث إن كل واحد منهما لمنع أول الكلام أو باعتبار أن الله
تعالى سمى استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا في أن قوله إن شاء الله تعالى بعد ذكر الحمل للإبطال
أو للتعليق فذهب أبو يوسف إلى الأول ومحمد إلى الثاني وإلى هذا أشار المصنف في باب الاستثناء
من إقرار هذا الكتاب فقال لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق وسنذكر ثمرة هذا
الاختلاف هنالك إن شاء الله تعالى وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع
الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه
ولأنه أتى بصورة الشرط أي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لأن حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر
وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا أو انتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون
تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة والتعليق إعدام أي إعدام العلية قبل وجود الشرط
والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلا فيكون إعداما من الأصل فكان إبطالا للكلام ولهذا يشترط أن يكون

متصلا به بمنزلة سائر الشروط لكونه بيان تغيير وشرط الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الأول فيكون
الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الأول وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد أو ذكر الشرط
يعني على قول أبي يوسف وقوله وكذا إذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني وإذا ماتت بعد قوله
أنت طالق قبل إن شاء الله لا يقع الطلاق لأن الكلام خرج بالاستثناء من أن يكون إيجابا وإذا بطل الإيجاب
بطل الحكم فإن قيل الإيجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل وإذا بطل الاستثناء
صح الإيجاب فيقع الطلاق أجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني أن الإيجاب لو اتصل
بالموت بأن يموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لأن المبطل
الذي ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فإن المبطل ينافيه فيرفعه بخلاف ما إذا مات الزوج
بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لأنه لا يتصل به الاستثناء
وإنما يعلم إرادته الاستثناء بقوله قبل ذلك إني أطلق امرأتي وأستثني وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة
طلقت ثنتين وإن قال إلا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين إشارة إلى أن استثناء القليل والكثير
سواء خلافا للفراء فإنه لا يجوز الأكثر ويدعي لم يتكلم به العرب والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا
أي عما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احترازا عن قول من يقول إنه إخراج بطريق المعارضة وموضعه
أصول الفقه وإذا كان كذلك لا فرق بين أن يقال لفلان علي درهم وأن يقال عشرة إلا تسعة فيصح استثناء
البعض قليلا كان أو كثيرا أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل أن تقول
له علي عشرة إلا عشرة لأنه لم يبق بعد الاستثناء شيء يصير متكلما به وصادقا للفظ الثنيا فيبقى كلامه الأول كما
كان ويقع الثلاث وقد ظن بعض أصحابنا أن الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح
وليس كذلك لما أنه أبطل الاستثناء الكل في الوصية مع أن الوصية تحتمل الرجوع وذكر المصنف في زياداته
أن استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان بعين ذلك اللفظ وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وإن
كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فإنه لو قال كل نسائي طوالق إلا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل تطلق
كلهن ولو قال كل نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وإن كان هو استثناء
الكل من الكل وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما يصح فيه اللفظ فلما استثنى الكل الجزء عن الكل صح لفظا
فكذا إنما يبقى إذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرا إلا تسعا لما أنه لا مزيد
على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله وإنما يصح إذا كان موصولا به ظاهر والله تعالى أعلم

باب طلاق المريض

لما فرغ من طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءا شرع في بيان طلاق المريض
متعرضا لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة وإذا
طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا يسمى طلاق الفار والأصل فيه أن من أبان امرأته في مرض
موته بغير رضاها وهي ممن ترث ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي رحمه الله فقيد بالإبانة
لأن الطلاق إذا كان رجعيا كانت ترث منه باعتبار أن حكم النكاح باق وكل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض
موته لأنه إذا طلقها بائنا في مرض موته فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضا لأنه إذا كان برضاها لا ترثه
وبمن ترث لأنها إذا كانت كتابية أو أمة لا ترث وبالموت في العدة لأنها إذا ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافا
لمالك رحمه الله وحكم الفرار لا يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما إذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة
فإنه يرثها قال الشافعي رحمه الله لا يرث في الوجهين يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لأن سبب إرثها
منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية

سبب

سبب إرثها منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد إبطال هذا السبب بالطلاق وهو أيضا
ظاهر فيرد عليه قصده بتأخير عمله أي عمل الطلاق إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها فإن قيل إن
كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب أن يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة
وما بعدها أجاب بقوله وقد أمكن يعني إنما يصح توريثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق لكون السبب
وهو النكاح قائما وقد أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة لأن النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من
حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الأخت ونكاح رابعة سواها فجاز أن يبقى في حق إرثها
منه دفعا للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لأن التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلا
وقوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا ماتت ومعناه أن الزوج إذا كان مريضا
لا يتعلق حقه بمال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت إما لأنه لم يتعلق حقه بما لها وإما لأنه رضي بحرمانه
عن الإرث حيث أقدم على الطلاق وإما لأنه لم يبق النكاح قائما بوجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه
قال في النهاية بالنصب لأنه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير
فإنه لا وجه له وقوله وإن طلقها بأمرها ظاهر قيل سؤالها الطلاق لا يربو على قولها أسقطت ميراثي من
فلان وثمة لا يسقط وأجيب بأن الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفع
فإذا لم ترض برفعها جعلناها قائمة في حقها حكما وإذا رضيت حكما ما تعارضها فيسقط الإرث ضمنا
وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وكذلك إذا اختارت نفسها لأنه دليل الرضا بالفرقة وفي
الخلع قد التزمت المال لتحصيل الفرقة لها وهو أدل على الرضا بها وقوله وإن قال لها في مرضه في هذه
المسئلة والتي بعدها يجب الأقل عند أبي حنيفة رحمه الله ويجب ما أقر وأوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر
رحمه الله وقولهما في الأولى كقول زفر وفي الثانية كقول أبي حنيفة قال زفر الميراث لما بطل بسؤالها
أو بتصديقها زال المانع من صحة الإقرار والوصية وإذا زال المانع يعمل المقتضي عمله ووجه قولهما في
المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة واستوضح
ذلك بقوله ألا ترى **وقوله** وهي سبب التهمة أي العدة سبب تهمة إيثار الزوج الزوجة على سائر
الورثة بزيادة نصيب لها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الإقرار والوصية يدار على دليل
التهمة ولهذا أدير الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث لا تجوز وصيته ولا إقراره لمنكوحته وذي
قرابته وتحقيق هذا أن الإنسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والإقرار وكذا قد يتواضع
مع بعض قرابته بدين إيثار المرء على غيره ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فأقامه
الشرع مقامه ولم يجوز الإقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لأن العدة من أسباب التهمة
ولا عدة في المسئلة الأولى لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لأنه ذكر أن العدة سبب التهمة
ثم جعله دليل التهمة وإقامة الشيء مقام غيره إقامة السبب الداعي مقام المدعو وإقامة الدليل
مقام المدلول فيما فيهما ولأبي حنيفة رحمه الله في المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار
الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الإقرار
بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها
ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه **وقوله** ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما ألا ترى أنه تقبل
شهادته لها وهو واضح **قال** ومن كان محصورا وفي صف القتال هذا البيان أن حكم
الفرار غير مختص في المرض بل كل شيء يغلب فيه الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت الذي يخاف منه
الهلاك غالبا فكان في المعنى سواء وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا أن يكون صاحب فراش

ذكره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح ولهذا اخوات تخرج على هذا منها راكب السفينة منه
الصحيح فان تلاطمت الامواج او خيف الغرق صار المريض في هذه الحالة ومنها المراة الحامل فانها كالصحيح فاذا اخذها
الطلق فهي كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان
بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان اخره الموت واذا صار بحال لا
يزداد ولا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله اذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل
او مات من غير ذلك المرض الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت
ما يكون سببا للموت وما مات بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله
يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت
سببا فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه
بحكم الفرار وهو متحقق ههنا واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح كلامه فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت
طالق يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه الاشيا
بمعنى وحدث ناسه لا يحتاج الى جبر وقوله تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ايظهر بمسالتين احدهما انه لو علق طلاق
امراته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل انه ليس بتطليق قصدا والثانية
ان الرجل اذا علق طلاق امراته بشرط ثم حلف ان لا يطلق امراته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا
لحنث **قال** والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا
في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير
مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا يرث واجيب بان الاضطرار في جانب الفاعل لا يرد وجوب
الضمان عليه كمن اضطر الى كل مال الغير او الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة
المحل تكفي لايجاب الضمان وقوله لانها راضية منه بذلك يعني صار كانه طلقها بسؤالها لما ان الرضى بالشرط رضا
بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان احدا لو زكى العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب
ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضى اجيب بان حكم الفرار ثبت
على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة رضي الله عنهم لشبهة العدم وان فاته روي عن عمر وعثمان وعلي وابي بن كعب
وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين فبطل حكمه ايضا بشبهة الرضى ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة
رضى المراة فكفى ذلك لنفي حكم الفرار **وقوله** او في العشي راجع الى صلوة الظهر قيل انما خصهما بالذكر
وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلوة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم فكان الفهم في الظهر
الى الاول اسبق وقوله فكذلك الجواب عند محمد اي لا ترث المراة لانه حين علق الزوج الطلاق لم
يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب انه
يتعدم رضاها او فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل اجنبي وان اوجبنا هنا
وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط
في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذه المسالة قضية من جانب زفر لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط
كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع
معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها
فلم تخرج فعله عن حيز الاعتبار **وقوله** لان الزوج الجاها الى المباشرة اي الى جعل فعلها الذي لا بد لها
منه علة لاسقاط حقها ولو طلقها فارتدت اي طلقها ثلثا او بائنا فانه ان لم يظهر اثر الثلث والبينونة في
الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابله من مسالة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة

وانما

وانما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة
وقوله لان الحرمية لا تنافي الارث يعني بل تنافي النكاح كما في الام والاخت وقوله وهو يعني الارث هو
الباقي وقوله فيكون راضية ببطلان السبب اي سبب الارث وهو النكاح وقوله وقال محمد لا ترث قيل
لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه اخر المتلاعنين فكان اخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا
فكان القضاء اخر المدارين اجيب بان اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم انما يثبت بالشهادة لا بالقضاء
ووجه قولهما ان الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها فكان ملحقا
بفعل لا بد منه وقد بينا الوجه فيما اتى في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قولها لانها مضطرة في المباشرة وقوله
وان الى وهو صحيح **وقوله** وقد ذكرنا وجهه يريد به قوله قلنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الى اخره
فان قيل لا نسلم ان الايلا نظيره تعليق الطلاق بمجي الوقت ان كان الايلا في الصحة لما انه متمكن من ابطال
الايلا بالفي فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشأ الايلا في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا فكان
نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل
كانه انشأه فكذلك ههنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلا الا بضرر يلزمه
فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسالة الوكالة وقوله في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسؤالها او بغير
سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها او بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد او لم يكن والباقي واضح والله اعلم

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متاخرة عن الطلاق
طبعا اخرها وضعا ليوافق الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن استدامة
ملك النكاح ولها شرائط احدها تقدم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم والثانية ان
لا يكون بمقابلته مال والثالثة ان لا يستوفي الثلاث من الطلاق والرابعة ان تكون المراة مدخولا بها
والخامسة ان تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع
والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك ان كانت في حضرتها او راجعت امراتي في الغيبة بشرط الاعلام
او في الحضرة ايضا او يقول رددتك او امسكتك او يقول انت عندي كما كنت او انت امراتي ان نوى الرجعة
ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطاها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى
فرجها بشهوة فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي لا يصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء
النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطي ودواعيه فكان الوطي حراما كما في ابتداء النكاح وقلنا هي
عبارة عن استدامة النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله الا ترى انه سمي امساكا وهو الابقا وقوله وسنقرره
اشارة الى ما ذكر في اخر الباب وهو قوله قلنا انها قائمة حتى ملك مراجعتها الى اخره وقوله والفعل قد يقع
دلالة على الاستدامة جزاء الدليل **وقوله** كما في اسقاط الخيار دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك
والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلثة ايام ثم وطيها
سقط الخيار وكان ذلك مسقطا بالقول بل ههنا اولى لان في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل وهو البيع اما ههنا فلا
يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع اسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان يقع
الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى ان يعينه فقال والدلالة اي الدليل فعل يختص بالنكاح وهو
الا فعل يختص بالنكاح فيقع دلالة وقوله خصوصا في الحرة لما ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح واما في
الامة فبحله وبملك اليمين ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب
والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج
ليس كذلك في العدة فلو كان النظر اليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها وفيه ضررها فلا يجوز لقوله تعالى

فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا **قال** ويستحب
ان يشهد على الرجعة اذا اراد الرجعة يستحب ان يقول لاثنين اشهدا علي باني قد راجعت امرأتي
وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح وهو قول مالك وهو غريب لانه لا
يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعلها شرطا على الرجعة لها قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص في
الرجعة عن قيد الاشهاد وهو قوله تعالى فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك
بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله عليه السلام
مر ابنك فليراجعها **وقوله** ولانه اي الرجعة بمعنى الرجوع او على تأويل المذكور استدامة النكاح
كما تقدم والاستدامة انما هي حالة البقاء والشهادة ليست بشرط في النكاح حالة البقاء بالاتفاق فكانت كالفيء
في الايلاء في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا
يجري التناكر فيها اي في الرجعة وما تلاه يعني من قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم محمول عليه اي
على الاستحباب دفعا للتناكر وكان الامر للارشاد الى ما هو الاوثق به كما في قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم
بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال او فارقوهن بمعروف واشهدوا وهو الاشهاد فيها اي في مستحب
فكذا في الرجعة واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى اقيموا الصلوة
وآتوا الزكوة واجيب بان ذلك فيما اذا كان عطف احدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك
بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما يتبعها جملة اخرى تعلقت بهما واحد ايهما تقتضي تعلقها بها من حيث
الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو
لم تعلم تقع المرأة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان المرأة وجعلها لم يراجعها وقد انقضت عدتها
ويطأها الزوج الثاني وكانت عاصية وزوجها الذي اوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها
صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء وكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف
الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال
وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت العدة فقال قد راجعتها في العدة فان صدقته
فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم
وذلك يقتضي ان لا يصح الرجعة وان صدقته ايضا الا انه بالتصديق يرتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة
وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة
له قد انقضت عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد مكث فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق
بالاتفاق وان كان الاول لم يصح عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى
ان تخبر وقد سبقته الرجعة فكانت رافعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال طلقتك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء
اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار تقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين
واقرب احوال حال قول الزوج فاذا صادفت حالة الانقضاء لا يكون معتبرا ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على
الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا
قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه فيها المولى والامة
او يصدقه المولى وتكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم يصح
بالاتفاق الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة فالقول قولها عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى

لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص
حقه فلا مرد لذلك وكان الاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته من فلان وهو اي ابو حنيفة يقول حكم
الرجعة يبتني على بقاء العدة وانقضائها وكل ما يبتني على ذلك يبتني على قول من يكون القول قوله وذلك
لكونه امينا والقول في العدة قولها فحكم الرجعة يبتني على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج
لظهوره وذلك لانه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فانى يكون اقراره اقرارا بما هو خالص
حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك وكان الفرق ظاهرا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله
ولو كان على القلب يعني عندهما القول قول المولى لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو ينكره
وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله
فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها اي
عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما اشرنا
اليه وقوله وان قالت انقضت عدتي ظاهر والضمير فيه راجع الى الانقضاء **قال** واذا انقطع
الدم من الحيضة الثالثة كلامه واضح وقوله يلزم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة يعني ان
الوقت اذا مضى صارت الصلوة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات وقوله واذا تيممت وصلت به
اطلق الصلوة ليتناول المكتوبة وغيرها وقوله حتى تثبت به الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة
القرآن واباحة الصلوة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام الثابتة ضرورية اقتضاء يعني ان ثبوت هذه
الاحكام من ضرورة جواز الصلوة بالتيمم اما قراءة القرآن فلانها ركن الصلوة واما المسجد فلانه مكان للصلوة
واما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فانه يجوز ان يقولها في صلاتها اية السجدة ولقائل ان يقول الحاصل
من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال اداء الصلوة فلا يكون قبله طهارة تتعلق
بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا تنقطع
الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او تمضي عليها وقت صلوة والجواب ان الضرورة متى ما ثبتت تجمع
لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند اداء الصلوة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ومن
لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة
ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى واذا اغتسلت
ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كالاصبع
ونحوه انقطعت قال المصنف وهذا استحسان اعلم ان محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما
فوقه او ما دونه وروي انه عند ابي يوسف في العضو فما فوقه فان القياس ان تنقطع الرجعة لانها غسلت
اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها اصابت الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العضو باقية لعدم
الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس ان تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان ان تنقطع لان ما دون العضو
يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف اشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو
الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف وبقوله او القياس فيما دون
العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة الى قياس محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق
بين العضو الكامل وما دونه بقوله وان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء
اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان تعمدت تعمدا لم تنقطع الرجعة وهذا اشارة
الى استحسان محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف فلما لم يكن مغفولا علم انه لم يصبه
الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان ابي يوسف فانظر حذق المصنف

المصنف في هذه الادراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المخلصين خيرا وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق لترك عضو كامل والواو بمعنى او لان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحدث باق لكونهما فرضين في الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا فان المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي وكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيره من الاعضاء فانه لا خلاف لاحد في فرضيته **قال** ومن طلق امرأته وهي حامل ۝ ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها فله الرجعة بعد ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطء منه وكذلك اذا اثبت نسب الولد منه جعل واطئا لانه لا يتصور ان يكون بدونه واذا اثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشارع وفيه بحث من وجهين احدهما ان ثبوت النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بنفي حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها من بعده ثم وصلت اليه فانه يؤمر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغير به وقوله الا ترى توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا اثبت بهذا الوطء فلان تثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى وقوله وتأويل المسئلة الولادة ظاهر فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا على رواية كتاب الطلاق كلمة او وفي رواية الجامع الصغير وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطء وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا بالوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وبعد المسلم اليه على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول لان الحمل يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان راجعها يعني بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة ولاحتمال العلوق في المدة فان الولد يبقى في البطن هذه المدة لا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون الوطء حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني لا الى عدة لان الفرض عدم الوطء قبله لانه انكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة **قال** فان قال لها اذا ولدت فانت طالق ۝ ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ثم ولدت ولدا اما ان يكون بين الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون رجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني ومما تدل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا تثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح **قال** وان كان لاكثر من سنتين للوصل اي لما بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان يكون الولادة اقل من سنتين

ويبين

ويبين ان يكون اكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى آخره وقوله والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو المرأة وجهها وتصقله وقوله اذ النكاح قائم بينهما لما ذكر قبله وكذلك جميع احكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره اجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة بها دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله وان تراخى عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخى عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج ولا حاجة له الا البقاء فلان تراخي اما ان التراخي كذلك فقد علم مما تقدم واما عدم حاجته الى البقاء فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له الى البقاء وفيه نظر لان كلامه يدل على ان المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه واجيب بانه انما يرد ان لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل اخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة ايضا يثبت بالنص كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا احتسب الاقراء من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم يحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله على ما قدمنا يعني في اول الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي يحرمه لان حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوت نظر التدارك يوجب استبداده به اي بالرجعة تنبيها وتدل الرجعة اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداده بذلك دون ان يكون بناء لا انشاء اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس يقتضي ان تكون الرجعة انشاء لان الزوج لا ينفرد به والاستبداد انه لا يتحقق الا في القائم فكانت الزوجية قائمة وقوله والقاطع جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم يعني قوله ثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار فانه اخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار ۝ والله ۝ اعلم ۝

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله يتعلق بالطلقة الثالثة لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له على ما نذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ورد بان الشرط يوجب الوجود عنده

الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معتد وبعيد من الأصل اذ العلة لم تقتصر عليه بعد واذا كان حل الحل
باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا التعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة
النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب بقوله ومنع الغير في
العدة لاشتباه النسب ومعناه أن المراد بالاية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا
اشتباه في اطلاقه أي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة
الغير واعترض عليه بالصغيرة والايسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والمجبوب والخصي والثانية فانه
لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة واجيب بان ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في
الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز
النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه عند عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو
حرمة التعدد وان كان الطلاق ثلثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله فان
طلقها الطلقة الثالثة عند اكثر أهل التأويل والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لمحل الحلية لكونه
نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى فكملت على ما عرف وانما يجب أن يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا
حيث لم يتقيد بصحيح ولا فاسد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول وان وجه المطلقة أي الكاملة
انما تثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول بها اما باشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ
وهو أن يحمل النكاح في قوله تعالى حتى تنكح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق
اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتأسيس اولى من التاكيد واما بالحديث
المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمة وقيل
عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك ثم تزوجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت
يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وانما معه مثل الهدبة فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وقد روي بروايات
مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في كتب الاصول
وهو حديث مشهور تجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ اطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب
ثمة ولا خلاف لاحد فيه أي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر المريسي وقوله غير معتبر لانه
مخالف للحديث المشهور ولهذا لو افتى القاضي بقول سعيد بن المسيب لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان
الانزال كمال ومبالغة فيه أي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه
ذكر العسيلة وهي تصغير العسل وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج وكان التصغير اشارة الى عدم الشبع
بالانزال وما كان مبالغة فيه أي في اشتراط الايلاج دون الانزال ولا يشترط الانزال وهو انما يتحقق من البالغ فلا
يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل والحكم مبني على ما بيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه
وفسره أي المراهق في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الى اجره وهو ظاهر **قال** ووطي المولى
امته لا يحلها اذا طلقها أي امة ثنتين وهي امة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان الغاية
الحرمة نكاح الزوج والمولى ليس بزوج قال في شرح الاقطع روي ان عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت
فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج واذا تزوجها بشرط
التحليل بان قال تزوجتك على أن احلك أو قالت المرأة ذلك فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له
فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى هو محمله الكراهة
محمل الحديث لا فساده فان طلقها يعني الذي شرط التحليل بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح

اذ النكاح

اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت كانه قال تزوجتك الى وقت كذا
ولا يحلها على الزوج لفساده فان من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا أن النكاح
لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل الاول بعد موت
الثاني فيشترط التحليل يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في روضة الزندويسي
أن ابا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه يجبره القاضي على ذلك وتحل
للزوج الاول اذا طلقها الثاني برأيه أو بأمر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في
غيره من الكتب واذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت
الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلث يعني انه يجعل ذلك
الثاني من الملك الاول كأن لم يكن ولا يخرج الحرمة الغليظة اذا طلقها ثلثا جمعا أو فرادى عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقال محمد وزفر والشافعي لا يهدم ويبقى الزوج ما لا كما بقي من
الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة فاخذ
السلف بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد بان الزوج الثاني غاية
للحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة
فهو منه لها لان المغيا ينتهي الى الغاية فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا حرمة قبل ثبوتها ولا ثبوت
ثابتة قبل وقوع الثلث ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له ووجه الاستدلال ان اهل الحديث
أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني وكان المراد بالمحلل الزوج الثاني وسماه محللا وهو المثبت للحل
ثم الحل الذي يثبت به اما أن يكون الحل السابق أو حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين
الثاني وبالضرورة يكون غير الاول والاول حل ناقص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلث
فان قيل سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي أن يكون ذلك في المطلقة ثلثا
لامرين أحدهما ما ذكره المصنف ان محمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلثا والثاني ان الحل
قبل ذلك ثابت فانصرف الى ما ليس فيه ثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا لقوله وهو محمله معنيان
أحدهما ما ذكرت وليس بمرضي والثاني ان محمله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول
وان الحل وان كان قبل ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضي أن يكون الزوج الثاني على الاطلاق محللا
فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلثا
وغيرها سواء فيندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر
وقوله واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابو حنيفة لا تصدق في اقل من ستين يوما وقال ابو يوسف ومحمد
تصدق في تسعة وثلثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها في آخر جزء من اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض
ثلثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلث اذا كانت ثلث مرات كانت تسعة والطهران يكونان ثلثين يوما
لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها واما تخريج قول ابي حنيفة فيجعل كانه طلقها في أول الطهر
تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله
وحيضها خمسة عشر يكون خمسة واربعين وثلث حيض كل حيض خمسة عشر فكذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره
محمد واما على رواية الحسن فيجعل كانه طلقها في آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق
في آخر الطهر اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة نظرا اعتبرنا
حيضها باكثر المدة نظرا للزوج وثلث حيض كل حيضة عشرة تكون ثلثين وطهران كل طهر خمسة عشر تكون ستين يوما وقوله
وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وبعض هذه الحوالة غير رابحة لانه لم يذكرها في باب العدة و

ولا في غيره وردّ من حيث اللفظ والمعنى أما اللفظ فلأن مثل هذا سمي وعدًا لا حوالة فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز وأما المعنى فلأنه لم ينقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعدًا منجزًا في باب العدة من كتاب آخر وأقول الأول ظاهر والثاني خلاف الظاهر

باب الإيلاء

قال في النهاية ذكر في الأسرار في أول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تستفاد من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع الطلاق والإيلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لأنه الأصل والمباح للزوج في وقته ثم أدنى وجه منه في الإباحة الإيلاء لأنه من حيث أنه يمين مشروع ولكن فيه معنى للظلم على ما يجيء وكان أدنى منه في الإباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يؤلي إيلاء إذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدًا منعًا مؤكدًا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في أن الإبانة فيهما موقتة إلى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لأن التدارك فيه لا يتعقب مكروهًا ومنهم من يختار الإيلاء لما أن التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه أن يكون صادرًا من أهل الطلاق عند أبي حنيفة أو من أهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحة في مدة أربعة أشهر فصاعدًا وركنه أن يقول والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه أو يقول إن قربتك فعبدي حر وأمثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الأول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع طلقة بائنة إذا مضت مدة الإيلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه شيء وعن هذا قيل المولي هو من لا يخلو عن أحد المكروهين قال وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مولٍ لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لأن موجب الحنث وقال الشافعي لا تلزمه الكفارة لأن الله تعالى قال فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ووعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه قلنا وعد المغفرة في الآخرة وذلك لا ينافي الكفارة في الدنيا وسقط الإيلاء على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق لأن اليمين ترتفع بالحنث وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة لأن معنى الإيلاء عندنا إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه توقف بعد المدة على أن يفيء إليها أو يفارقها فإن أبى أن يفعل تبين بتفريق القاضي بينهما وكان الشافعي يقول تطليقة بائنة لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه كما في الجب ولنا أنه ظلمها بمنع حقها وهو الوطء في المدة فأجازه الشرع بمنع نعمة بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تخليصًا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائنًا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله ابن عمر وعند المحدثين هم أربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود واعترض بأن الزوج إنما يكون ظالمًا بمنع حقها إذا لم يكن وطئها مرة وأما إذا وطئها فقد سقط حقها وأجيب بأن حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء وأما في الديانة فلم يسقط وكان زوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه حقها ديانة وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يجعل القاضي بوقوعه لأنه ليس بطلاق بعد الدخول مرة وليس كذلك ولأن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها التحري بعد الإيلاء أبدًا فجعل الشرع تأجيله إلى انقضاء العدة فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل ولا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضي وقوله فإن كان حلف على أربعة أشهر إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو إما أن حلف على أربعة أشهر أو على الأبد فإن كان الأول فقد سقط اليمين لأنها كانت موقتة به وإن كان الثاني فاليمين باقية لأنها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث أمر يقع به الإثم لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة إذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه أبو سهل الشرجي يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني إذا مضت مدة الإيلاء قبل انقضاء عدتها لأن الإيلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر كأنه قال كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن ألا ترى أنه لو لم يفئ إليها حتى بانت ثم تزوجها ولم

يقربها

يقربها أربعة أشهر بانت فكذلك أنه بمنزلة شرط متكرر والأصح قول العامة في المدة وإن وقعت تطليقة أخرى بمضي أربعة أشهر أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم فيراد بالطلاق البائن وقوله يعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج كذا ذكره قيل هو احتراز عما إذا تزوجها قبل انقضاء العدة فإن ذلك الإيلاء يعتبر من وقت التزوج كذا ذكره التمرتاشي فإن تزوجها ثانيًا وفي بعض النسخ ثانيًا وثالثًا وجه أما الأول فبالنظر إلى التزوج بعد الإيلاء وأما الثاني فبالنظر إلى التزوج قبل الإيلاء والأول أظهر عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى إن لم يقربها لما بينا أن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق وإن وطئها كفر عن يمينه أما عدم وقوع الطلاق فلتقييده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا أنه بمنزلة التعليق وتعلق الطلاق بعدم القربان وتعلق الطلاق مخصوص بطلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية فإنه يبطل التعليق عندنا خلافًا لزفر وقد مر من قبل في باب الأيمان في الطلاق قال في المبسوط وإذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلثًا بطل الإيلاء عندنا خلافًا لزفر لأن الإيلاء طلاق مؤخر فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها وكذلك لو كانت بالإيلاء ثلث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليًا إلا عند زفر وأما الكفارة عند الحنث فلبقاء اليمين لإطلاقها ووجود الحنث **قال** فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليًا فإن حلف على أقل من أربعة أشهر مثل أن يقول والله لا أقربك شهرًا أو هو وضع المبسوط أو قال لا أقربك شهرين أو ثلثة أشهر لم يكن موليًا وقال ابن أبي ليلى هو مول إن ترك وطئها أربعة أشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول أبو حنيفة أولًا ثم لما بلغه فتوى ابن عباس لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله فإن قيل فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لأن الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر أطلق الإيلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي أن من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر فالتقييد بمدة تكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله فالجواب أن ابن عباس … في المقدرات والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعًا ولم يرد على أحد خلافه فجعل تفسيرًا للنص لا تقييدًا وتقريره والله أعلم للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ترك الأول بدلالة الثاني وكان من باب الاكتفاء وإنما **قال** ولأن الامتناع عن قربانها دليل معقول عن وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها أي عن قربان من آلى منها دون حقها في أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لأنه ليس فيه يمين وبمثله أي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي أربعة أشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين فإنه بمضي أربعة أشهر لا يقع شيء والضمير في فيه قيل هو راجع إلى الامتناع وقيل الحلف المفهوم من قوله وبمثله ويجوز أن يكون راجعًا إلى أكثر المصنف المدة ولو قال المصنف ولأن الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدليل على أكثر المدة كان أشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فيكون يمينًا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة ولو مكث يومًا أو ساعة ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليًا لأن الثاني إيجاب مبتدأ والأصل في ذلك أنه إذا لم يعد اسم الله عز وجل في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسألة الأولى وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجابًا مبتدأ وعلى هذا في المسألة الثانية لا يكون موليًا لفوات الأمور الثلث لوجود المكث يومًا وإعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعًا بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية مضافًا إلى الأول بقوله بعد الشهرين الأولين أربعة أشهر إلا يومًا مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع فلا يكون موليًا ويكون كلامه

يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف
النفي صار ذلك يمينا اخر وصار اجلين وتداخلا كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين تنقضي بيومين
لانه اعادة كلمة النفي فصار الثاني مفردا عن الاول فيتداخل وفيهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا
لايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا ولا اكل هذا الطعام شهرا انقضى شهر
واحد تنتهي الايمان كلها فكذلك ههنا اذا انقضى شهران فقد مضت كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امراته وفي
هذا الايلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم ينفرد مدة الثانية تبقى على حدة كانت
الكل مدة واحدة فكان موليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يقول يصرف الاستثناء
الى اخرها كما لو قال اجرت داري هذه سنة الا يوما تمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر
الا بشيء يلزمه وهذا الخبر صادق على من نحن فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى يوم منكر فما من يوم مر عليه بعد يمينه
الا ويمكنه ان يجعل اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه الى اخر السنة لانه معين فكان تغييرا للكلام
من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى اخر السنة
لتصحيح اي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا
لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير
شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشكل بمن له اربع نسوة وقال والله لا اقربكن فانه يصير موليا منهن ان لم يقربهن
جميعا اربعة اشهر عندنا خلافا لزفر مع ان له ان يطا كل واحدة منهن الى ان يأتي على الثلث من غير شيء يلزمه لان
الحنث لا يتعلق باخر المحلوف قبل ان ياتي بالكل كما لو حلف لا يدخل دار الاربعة له ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم
يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة نفي القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن على ان امكان القربان
من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه لما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق
كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه لا يلزمه الكفارة
بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة
بقربان الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا واما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار البر وذلك يتحقق في كل واحدة منهن
فلهذا اي بمضي المدة كذا في النهاية **قال** ولو حلف بحج او بصوم لما فرغ من اليمين بالله في الايلاء
شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح وقوله البيع غير مانع يعني لان الاصل عدم ما يجعله
ولا يمنع المانعية في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه
شيء فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعدما
باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه
سقط الايلاء لانه يمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء وقوله وان الى من المطلقة الرجعية ظاهر واعترض
بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لانقضاء ولايته ولهذا لم يكن لها
ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب
عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء واجاب العلامة شمس الائمة الكردري بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص
لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج وكانت
المرأة من نسائه وكان الحكم المرتب على نساء الازواج بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية
ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا
لانعدام المحلية اذ المحل نساؤنا بالنص وكان في المبتدا يكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها كفر لتحقق الحنث
اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث لان اليمين تعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا تعتمد حله وحرمته

الا ترى انه لو قال والله لاشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا ومدة
ايلاء الامة شهران وقال الشافعي مدة الايلاء فيها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع
والحرة والامة في ذلك سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فيتنصف في الرق كمدة العدة وقوله
وان كان المولي مريضا هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها انه الى وهو صحيح وبقي بعد الايلاء صحيحا مقدار ما يستطيع
فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيئه بالجماع عندنا خلافا لزفر لانه المعتبر اخر المدة وهو عاجز عنده فكان كما لو
الماء في اول الوقت لم يتوضا حتى عدم الماء جاز له التيمم ولنا انه لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها
في الجماع فلا يكون رفع الايفاء بها حقها في الجماع والثاني انه الى وهو مريض ودام اربعة اشهر وهو مريض
وفيه ان يقول باللسان فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب
الطحاوي لانه لو كان فيه الكلام حنثا لان الفيء يستلزم حكمين وهو الكفارة فكذلك في الاخر ولنا انه اذاها بذكر
المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه حينئذ
وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة
تجب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه ان تجب الكفارة لان لها اجزاء الحنث
والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل اذا كان المولي مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم
بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الائمة الكردري وقد ذكره شمس
الائمة السرخسي في اول كتاب البيوع والثالث انه الى وهو مريض وقدر على الجماع في المدة وفيه بالجماع
سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول او لم يفئ اما اذا لم يفئ فظاهر وكذلك اذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولي اذا كان مريضا حال الايلاء لا نسلم ان الاصل فيه الجماع لما ذكرنا
انفا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى
تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء وقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين انه قصد في الابتداء
لم يكن الا منع الحق بالجماع والاصل في الفيء حينئذ الجماع ولكن في اطلاق الحلف بعض تسامح على فحوى كلامه قال
واذا قال لامراته انت حرام سئل عن نيته لانه يحتمل وجوه الايمان بعضها عن بعض الا بالارادة فاذا قال اردت
الكذب فهو كما قال لا يقع طلاق ولا يكون ايلاء ولا ظهار لانه نوى حقيقة كلامه لان المراة كانت حلالا له فقوله
انت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان يصدق فيه
ولا يصدق الى غيره الا بقرينة او نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك وقيل لا يصدق في القضاء ذكره الطحاوي
والكرخي في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهرا لكونه تحريم الحلال كما نذكره ولو
قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا من العدد فهي واحدة او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة بائنة وان نوى الثلث فثلث
لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها وان قال اردت الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد ليس بظهار نقله شمس الائمة السرخسي عن النوادر لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه
ههنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة
ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا فان قربها كفر وان
لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين
عندنا لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واما اذا لم ارد شيئا
فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لانه في الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة
في الايلاء لا تثبت في الحال ما لم يمض اربعة اشهر وفي الظهار يثبت في الحال واذا ارتكب الطلاق وقع بائنا
ويحرم الوطء والايلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين اولى الحرمات تعينت لسعتها ويجيء الكلام في الايلاء

إن شاء الله تعالى ومن مشايخنا من تصرف لفظ التحريم إلى الطلاق بدون النية قاله أبو بكر الإسكاف وأبو جعفر الهندواني وأبو بكر بن سعيد قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لأن العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق.

باب الخلع

أخّر الخلع عن الإيلاء لمعنيين أحدهما أن الإيلاء تجرد عن المال فكان أقرب إلى الطلاق بخلاف الخلع فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني أن مبنى الإيلاء النشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو في الشريعة عبارة عن أخذ المال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته أنه من جانب المرأة معاوضة على قول أبي حنيفة ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتي بيان ثمرة الخلاف إذا تشاق الزوجان أي تخاصما وصار كل منهما في شق أي جانب وخافا أن لا يقيما حدود الله أي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بأن تفتدي المرأة نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به أي فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت سمى الله تعالى ما أعطته فدية أي فداء من الأسر استنقذه لما أن النساء عوان عند الأزواج بالحديث وكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء فإذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات فإذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع والواقع بالكناية بائن فإن قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط أجاب بقوله إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا وقد قيل في بيانه أن الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا حاجة إلى النية ولأنها لا تسلم المال إلا ليسلم لها نفسها وذلك بالبينونة. **وقوله** وإن كان النشوز من قبله يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة إذا استعصت عليه وأبغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه يكره له أن يأخذ العوض لقوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا فإن قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الأخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مؤكد بقوله أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا فكيف أفاد الجواز مع الكراهة أجيب بأن النهي ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش فلا ينعدم المشروع وعيب في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي وإلى هذا أشار بالدليل الثاني وهو قوله ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد وحشتها بأخذ المال وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلوناه بدءا أي أولا يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية الأخرى أي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الأصل قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس ابن شماس أما الزيادة فلا وقصتها ما روي أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضي إياه فقال أتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا وكان النشوز منها كما روينا من الحديث فكان قوله أما الزيادة فلا نفي إباحة أخذ الفضل على ما نذكره وإذا انتفى الإباحة كان مكروها ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما أي جواز أخذ الزيادة في القضاء والإباحة أي إباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف وفرقوا بين العبارتين فإن كل مباح جائز دون العكس لأن الجواز ضد الحرمة والإباحة ضد الكراهة فإذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الإباحة أيضا وإذا انتفى الإباحة ثبت ضده وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة وقد ترك العمل بما تلونا في حق الإباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم أما الزيادة

فلا

فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي وهو في الجواز وفيه بحث من وجهين أحدهما أن النهي إنما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهة الأخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني أن الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الأول أن الرد إذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الأخذ منه وهو ناشز أولى أن لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع في هذا الوجه وعن الثاني بأن المعارض للكتاب إذا أخذ وهو ناشز قوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى قوله فلا تأخذوا منه والكتاب يجوز أن يعارض الكتاب وإذا عورض الكتاب بالكتاب جاز أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة وإن طلقها على مال مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لأن هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعارضين وصلاحية المحل والكل حاصل أما أهلية الزوج فلأنه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لا محالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فإن الحكم متعلق به بالقبول وأما أهلية المرأة فلأنها تملك التزام المال لولايتها على نفسها وأما صلاحية المحل فلأن ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا كالقصاص فإنه ليس بمال وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله كذا في بعض الشروح وإذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا أنها لا تسلم المال إلا ليسلم لها نفسها ولأنها معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة وإن بطل العوض في الخلع إذا خلع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وإن طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي أما الاشتراك في وقوع الطلاق فلأنه علقها بقبولها وقد قبلت وأما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن إذا لم يكن من الألفاظ الثلاثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وأما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلأنها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له فلأنه لا وجه لإلزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا لإلزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا فإنه يلزمها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة وعندهما مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لأنها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لأن التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه أي العبد متقوم حتى لو غصب وجب القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة أما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكر بعد هذا القول والعقد فلا يلزمها شيء وهذا الجواب بالنسبة إلى القيمة ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة إلى المكاتب لأن ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة وأما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يرض بزواله بلا بدل لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع وأما عتق المكاتب إذا أدى الخمر المسماة لأن في الكتابة تعليق العتق بأداء المسمى وقد وجد الشرط فيعتق المشروط قيل وفي قوله على خمر تلويح إلى أنه لو كانت على ميتة أو دم فالكتابة حتى لو أدى لم يعتق ولا تجب القيمة. **وقوله** وعلى النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء لأن البضع في حالة الدخول متقوم ولهذا إذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال والفقه ما ذكره وهو واضح. **قال** وما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع كل ما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لأن ما يصلح أن يكون عوضا للمتقوم أولى أن يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فإذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطونها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لأن التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال

وان كان بعوضية أن يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر إلى ذلك يكون فيه معنى الإضافة أو التعليق وأخذ العوض عن منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والإضافة فلذلك العوض الآخر فلم تصح تسمية ما في البطن باعتبار المال وإذا صحت التسمية فله المسمى إن وجد وإن لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لأنها ما غرته لأن ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا فإن قالت خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال لأن كلمة ما عامة تتناول المال وغيره وإن قالت خالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة أي لجهالة كل واحد منهما ويجوز أن يكون معناه لجهالة المسمى وإن كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج كما تقدم فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه وقوله ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واضح وقوله كلمة من ههنا للصلة إشارة إلى ما يقال إذا كان في يدها في الصورة درهمان أو درهم يجب أن لا يجب عليها شيء غير ذلك لأن كلمة من للتبعيض وكأنه أراد بكونه صلة للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قوله أخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فإنها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام وإذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم واعترض بأن ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لأن قوله دراهم يجوز أن يكون بدلا من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم وجب أن يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الأول أن هذا المنع لا يضرنا لأنه إذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب وعن الثاني بأنه لا نسلم أنه لا معهود ثم بل ما في يدها معهود بالإشارة فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه يعني أن لا يطالب بتحصيله وتسليمه بل إن حصل سلمه إليه وإلا فلا شيء عليها لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت لأنه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا إلا أنه لا يفسد به العقد فيبطل دون الخلع لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة فإن قيل سلمنا أن الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي أن يفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى وإذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق إليها من المهر كما إذا اختلعت منه على دابة أجيب بأن العقد إذا كان صحيحا كان ما ينافيه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء وإنما فسدت التسمية فيما إذا اختلعت على دابة للجهالة المستتبعة لكونها تنتظم أنواعا مختلفة من الحيوان فإن قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضا أجيب بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق التسلم فإن بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الأدنى جواز الأعلى ولأن الرغبة في تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله وعلى هذا النكاح يعني إذا تزوج امرأة على عبد آبق على أنه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه إلى آخره وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة وقع الطلاق رجعيا ولا شيء عليها عند أبي حنيفة وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الألف لأن الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى أن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وإذا كان معاوضة يقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض ولأبي حنيفة أن كلمة على للشرط مجازا قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا أي بشرط عدم الإشراك بالله ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا وتجوز المجاز ما ذكره المصنف أنها استعيرت للشرط لأنه بلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم وإذا كان الشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه

مجازا بمعنى الشرط غير مستقيم لأنه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني أن ما ذهبتم إليه مجازا وما ذهبنا إليه مجاز وليس أحد المجازين أولى من الآخر فإن اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الأول أن المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعا لمتبوعه وإن لم يقبله مستقلا وعن الثاني أن اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازا أقرب إلى حقيقته والمجاز الأقرب إلى الحقيقة أولى على ما عرف في الأصول قوله على ما مر أراد به قوله لأن حرف الباء يصحب الأعواض وإذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ غير مبني على سؤالها فوقع وكان رجعيا وقوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا ظاهر ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ إن كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله لأن معنى قوله بألف بعوض يجب لي عليك نظرا إلى الباء ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك إنما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين والعوض لا يجب بدون قبوله ظاهر وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده تحتاج إلى أن يضم إليه ووجوده يكون الألف عليها إنما يكون بالقبول فإذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الألف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في أول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند أبي حنيفة وكذا لو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فعل وكذلك الحكم إن لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ويعلم من هذا أن الخلاف في موضعين أحدهما أن المرأة والعبد إذا قبلا المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند أبي حنيفة ولا معتبر بقبولها وعندهما يجب على المرأة والعبد المال والثاني أنهما إذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما إذا قبلا وعندهما إذا لم يقبلا لم يقعا لهما أن هذا الكلام لم يستعمل للمعاوضة فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت ولهما طريق آخر وهو أن يحمل الواو للحال كأنه قال أنت طالق في حال ما يجب لي عليك ألف ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها فإذا قبلت وجب الألف ولأبي حنيفة أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله إلا بدليل إذ الأصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه أي دون المال لكونهما معاوضة محضة فصلح أن يكون حالة المعاوضة دليلا ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت طلقت والخيار باطل إذا كان للزوج وجاز إذا كان للمرأة فإن ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وإن أجازت الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه • الطلاق ولزمها الألف عند أبي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد ههنا لأن التصرفين يعني إيجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين أما من جانبه فلأنه يمين لأنه ذكر شرط هذا معنى واليمين لا يقبل الفسخ وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين فإن يمين الزوج يتم بقبول المرأة فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع ألا ترى أنها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه وأما في جانبه فيمين لأنه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الأيمان فإن قيل قد ثبت أنه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ أجيب بأن كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تمليكا في نفسه كما قال لآخر إن بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر فإنه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون

شرطا لان كونه شرطا تابع لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما ابطل القبول بالرد بحكم الخيار
بطل كونه شرطا لان كونه شرطا تابع لهذا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب العبد في العتاق
مثل جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا اخبره في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع
من جانب المراة ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قوله
المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم
يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين على تاويل الحلف او المذكور لا يكون اقرارا بوجود الشرط
لصحته اي لصحة اليمين بدونه اي بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول
فالاقرار به اي بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه عن الاقرار وهو غير مسموع
قال والمباراة كالخلع ● المباراة بفتح الهمز مفاعلة من بارأ شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما
صاحبه وترك الهمز خطاء كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المباراة والخلع كلاهما يسقط كل
حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان
للمخالعة والمبارئة النفقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند
ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط منهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المباراة
فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج
بشيء في قول ابي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه باربعمائة ولو كانت قد اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج
غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم معين و
سوى الصداق فان كانت المراة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع احدهما الآخر
بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض فالمراة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء
من المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا كانت المراة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج
ياخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة وان لم يكن المهر
مقبوضا ياخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما
اذا باراها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب في الخلع عنده وعند ابي حنيفة وابي يوسف
الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة لمحمد ان هذه اي كل واحد من الخلع والمباراة معاوضة
وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب آخر او عين في يده لا
يسقط بها شيء من ذلك ونفقة العدة لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح ولابي يوسف ان المباراة
مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر
وانها اي لفظ المباراة على ما قيل او على تاويل المذكور مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو
وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما
يكون باسقاط ما وجب باسقاط تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الثابتة
بالنكاح فيتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح
فلا ضرورة الى انقطاع النكاح ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل
وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به
وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح كالمباراة فيعمل بالاطلاق كما في المباراة في النكاح واحكامه وحقوقه
قولا بكمال الفصل ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع ليسقط به وانما تجب بعده شيئا فشيئا ومن
خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه اي في هذا الخلع لان البضع

في حالة

في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم
بمال له قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امراة بمهر المثل صح
لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم
بالمتقوم وهو من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل
يقع الطلاق او لا يقع فيه روايتان في رواية يقع وفي رواية لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد في الكتاب
لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز
منصرف الى المال نص عليه في المنتقى فقال ان لسان الاب كلسانها ولو خالع امراته الصغيرة على مهرها فقبل
او قالت الصغيرة لزوجها اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المصنف وقال
والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت
الدار وغيره في ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في
معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا القول
فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل واحد وان خالعها على الف على انه
اي الاب ضامن فالخلع واقع والالف عليه اي على الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة
عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره ان اشتراط بدل
الخلع على الاجنبي صحيح لكونه في معنى المخالعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب اولى
وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا
وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات
فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير انما يرد الاولوية
ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال
الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر او نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبي
صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها اولى فان قلت على ما ذكرت من كون الاجنبي
في معنى المراة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبي
كما يصح على مال عليه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت يحصل للعبد حريته لنفسه
التي هي قوة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك قلنا لا يقال في الخلع ايضا تحصل المراة
الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع
لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق وقوله ولا يسقط مهرها يعني وان كان الخلع
يسقطه لانه لم يدخل تحت ولاية الاب لانه ليس من النظر وولايته نظرية وقوله وان شرط الالف على الصغيرة
توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تعقل العقد وتعبر عن نفسها فان قبلت وقع الطلاق
لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه اي في هذا القبول
روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص بغير مال فيصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط
فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة
وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود الشرط
وهو القبول وليست من اهل الغرامة وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين في رواية يصح وفي اخرى لا يصح
ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفا وان ضمن الاب المهر اي التزم بمعنى اذا خالع الاب مع الزوج والتزم
المهر على ذمته وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا لان قوله

المسألة فيما اذا كانت غير مدخول بها وكان المهر الفا فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وبرئ ضمانه فكانه خالعها على خمسمائة فصار كما في القياس يلزمه الالف على الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو الف درهم اذا صح لا يخلوا من احد الامرين اما ان يكون مدخولا بها او لا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان لم يكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الاخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الاخر الذي ترجع به المراة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم تقبض المراة واما اذا قبضت كله يرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الاخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود واصل هذه المسألة في الكبيرة اذا خلعها قبل الدخول على الف ومهرها الف ولم تقبض شيئا فالقياس ان يجب عليها خمسمائة للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المراة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان لها على الزوج خمسمائة بالقبض بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التي لزمتها وفي الاستحسان لا شيء عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المراة الالف وخمسمائة الالف ببدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة ببدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول **وقوله** زائدة بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في النهاية وقال هكذا افادني مرارا

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتعددة في اول كل باب منها ويحتاج الى تقدير الظهار على اللعان ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان بعد اضافة الزنا الى منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التابيد اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي فلانة وهي ام المزني بها او ابنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان اية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمراة من نسائنا وركنه قوله لامراته انت علي كظهر امي وما قام مقامه وحكمه حرمة الوطي والدواعي مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطيها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امراته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا احسن في الذكر واستر من الظهر مع اصابة المعنى الذي ارادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد ساء خلقه للكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع فراودني نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما تدفع به المراة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراني فاخذت ثيابا فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته

بذلك

بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني اليه فجعلت اشكو الى الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سري عنه قال انزل الله فيك وفي زوجك قرانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى اخر ايات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه ان يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال انا سنعينه بعرق فقلت وانا اعينه بعرق ايضا فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال علماؤنا المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال الشافعي المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار **قوله** وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان جنايته لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع والزور هو الكذب والباطل والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي لا يحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس في القران كناية عن الجماع واجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض والصائم حيث لا يحرم الدواعي فيهما لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وسائر ما في كتاب الكراهة فان قيل لما كثر وجودهما كانا ادعى الى شرع الزاجر من الظهار فلما انعكس الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار اكثر فلما كثر اوقات الطهر كان الجماع موجودا فيهما ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبته في الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وقصور الرغبة كان متيقنا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطي حتى يكفر لما روي ان سلمة ابن صخر البياضي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امراتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله ولو كان شيء اخر واجبا لنبه عليه **قال** وهذا اللفظ هذا اشارة الى قوله انت علي كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق او الايلاء وقال لم انو به شيئا يكون ظهارا لانه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به لان في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك وان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها **وقوله** وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التابيد اي كالاخت والعمة والحرمة اي المحللة نكاحا لا بملك اليمين بالحرمة تابيدا لا توقيتا وهذا المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها **وقوله** وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها مظاهر وان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المراة التشبيه ذات المراة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء ثم يسري الى سائر البدن كما في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة وحده وعن ابي يوسف فيه روايتان احدهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب وقال لم انو به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار

وعنه انه قال ايلاء لان الايلاء حرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وكان قوله انت علي كامي
بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئا يثبت اقل الوجوه وهو الايلاء وجه
قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما ذكره في الكتاب ان كلامه محتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الا
ان يتبين خلافه بالنية والفرض عندهما وجه قول محمد ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه
بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين فان الحرمة
الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله وحرمة
الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة
بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية
وغيرها وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا
فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين بحرف لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسألة الاولى
ووجههما ظاهر وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما يعني
قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه يختص به وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى
طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد
والامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير لان التحريم يحتمل ونية المحتمل صحيحة غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق
لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار
ولا يصدق في صرف الكلام عن ظهار فصار بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم
وقال لي امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الائمة
السرخسي بان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة
لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين
مختلفين واجاب الامام ظهير الدين عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه بجهة
على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم يكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال
حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لاعترافه به **وقوله** وقد عرف في موضعه يعني في مبسوط
شمس الائمة ولابي حنيفة ان قوله انت علي كظهر امي صريح وله الاحتياج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل
غيره من الطلاق والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره
كما مر فيرد التحريم المبهم الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل على المحكم ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى
لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل في المملوكة تابع
يدل له انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد وليس الحرمة
فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى يلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة
وعورض بان الامة محل الظهار بقاء فيجب ان يكون محلا ابتداء كما لو ظاهر من امرأته وهي امة ثم اشتراها
فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمة في النكاح والجواب ان بقاء الظهار
فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت محلا لا يرتفع
الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فبقي الى ان توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا
طلقت ثنتين لم تحل له بعد ذلك بسبب ما لم تتزوج بزوج اخر فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم
اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في الشبهة وقت التصرف لكونها محرمة قبل اجازتها فلم
يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول وقوله

والظهار

والظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف
فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على الاجازة كتوقف اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المغصوب منه
البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف
النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح امر مشروع والظهار ليس
بمشروع لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري
من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق الملك لكونه منهيا للملك ومتمما له ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي
كان مظاهرا منهن جميعا وكلامه واضح وقوله بخلاف الايلاء منهن يعني بان يقول لهن والله لا اقربكن فانه
اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقهن جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة
فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه الى نهاية ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها
الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما
بالفاء وانما كان كذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزور ليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون
سببا للكفارة لان سببها لا بد وان يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فيضم الى
ذلك العود عما قال لكونه نقض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء
ثم ابانها او ماتت لم تلزمه الكفارة بعد الظهار وقبل العود حقيقة لان تقدم وجوده ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأ
سقطت فان قيل لو كان العود مدخلا في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقديم
الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب ان المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو
العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه ثم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت انهاء للحرمة الثابتة
بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد انهاء الحرمة بالكفارة فوجب التقديم على الفعل ليكون الفعل
واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر والمراد
بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة الا ترى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة
لا يخرج عن عهدتها وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون
الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض
على المصنف بوجهين احدهما انه لم ينقل عن ائمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان
اذا صار رقيقا اي عبدا واجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما
لغة والثاني ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات تستعمل
استعمال النفس والشيء فتذكيره باعتبار المعنى الثاني وقوله والشافعي يخالفنا اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة
في الكفارة لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص
عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقوله وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة جواب عن قوله الكفارة
حق الله تعالى وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى ثم
مقارنته المعصية اي لقاؤه مع ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره وللقائل ان يقول
مقارنته المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون قصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكوة
والجواب ان القياس جواز صرف الزكوة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم
خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم اخرجه عن المصرف **قال** ولا تجزي العمياء اي لا يجوز
اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او انثى وكلامه ظاهر والضابط في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا

يجوز هو انه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى من المنافع فيها قائم بلا
بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة ثم جامعها ثم اعتق النصف
الاخر لم يجز وان اعتق النصف الاخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله بنية
الكفارة احتراز عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان
المحقق يصير في ذلك الجنس كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه وقوله ويجوز الاصم واضح وقوله لان فوت البطش
بهما الخ يعني ان ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع اكثر اصابع كل يد كقطع جميعها وقوله والذي يجن ويفيق
يجزيه يعني اذا اعتقه في حال افاقته ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق
ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما جهة الحرية وكان الرق ناقصا فانه اذا
ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال في مقابلة شيء من الضعف الحكمي وقوله فاشبه المدبر استيلاد لانها لا تقبله
فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله على ما بينا
اشارة الى قوله ولهذا لا تقبل الكتابة الانفساخ قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله والكتابة لا تنافيه دليل اخر وتقريره
المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم يزل رقه بها لان التي لا تزول الا بمنافيه والكتابة لا تنافي الرق فانه
اي عقد الكتابة وذكره باعتبار الخبر فك الحجر اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة
وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لا
المولى وقوله ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق كفارة لكنه
اذا اعتقه عن الكفارة ينفسخ قبل الاعتاق مقتضى الاعتاق اذ هو اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل لو صح
اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق لبطل الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون
بجهة التكفير ولذا الكسبات اجاب بقوله الا انه يسلم له اي للمكاتب الاكساب والاولاد لان العتق في حق الحل
بمعنى المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو اعتق فادى بدل
الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة والدلالة انما تتحقق
اذا سلم له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف الا في ذاته ولا باختلاف الجهات
وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين او لان الفسخ ثبت ضرورة
صحة الاعتاق فلا يظهر في حق الاولاد والاكساب وقوله وان اشترى اباه او ابنه واضح وقوله بخلاف
ما اذا كان المعتق معسرا يعني انه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان
كان المعتق معسرا لانه يصير حرا مديونا بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزى اجيب بانه انما لم يجز لان وجوب
هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص
على ملكه لتعذر استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما بقي منه فكان في المعنى اعتاقا عند الاشبا
ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمون يملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب
فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع
الكفارة على ما نذكره فيما يليها اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون
له لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستندا
ويلزم النقصان فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه جاز لانه اعتق كاملا ولا محظور فيه فان قيل
قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان تمكن على ما ملكه بسبب الاعتاق بجهة
الكفارة فانه اعتق النصف وبعض النصف الاخر ثم ما بقي ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب

المسكين عنهما فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما اذا
لان النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن ان يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مضمونا الى
الى الكفارة وهو لانعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن
قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كانه اعتق عبدا الا قدر
النقصان وقوله وهذا اي جعله اعتاقا بكلامين على اصل ابي حنيفة ويجزي الاعتاق واما عندهما فا
فالاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق للكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا مبنى المسألة التي يليها وهي ظاهرة
الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بان اي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو
اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز عن الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس
الثاني فصار اعتاق نصف العبد كان لم يكن وكانه قد جامع قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد
تقدم ذلك قال وان لم يجد المظاهر ما يعتق اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها فصومه شهرين
متتابعين فان صام بالاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين وان صام بغير
الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا ان ادخل في صيامه شهر رمضان او يوم
الفطر او يوم النحر او ايام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين
ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يستأنف
بالاتفاق وانما ذكر العمد فيه في الليل وانما قيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع منها غيرها فان كان وطئا
يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا انقطع التتابع فلا فلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي
ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق واما ذكر العمد منها فيه في الليل
فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء فعرف ان الاختلاف في وطء لا يفسد الصوم لابي
يوسف ان هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا ينقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط
في كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه
على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستيناف تأخير الكل عنه وتأخير
البعض اهون من تأخير الكل ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة
بالنص وهذه الجملة وجهين احدهما ان يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون
الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم
عنه وهذا الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه ينعدم به اي بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف
لانه ان عجز عن الاتيان به قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس وان هذا الكلام غاية التادي
والثاني ان يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضروري تفسير للاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل
المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التي
ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستيناف
وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان تقديمه على المسيس شرطا الى اخره والجواب عن قوله
انه لا يفسد الصوم فلا ينقطع التتابع ان عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى
الى قطع التتابع وفي العمد بعدم القائل بالفصل وان افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر
استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز عما اذا افطرت المرأة في كفارة القتل او
الافطار بعذر الحيض فانها لا تستأنف لانها معذورة وفي عادة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو صام
المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في اخر يوم من الشهر فانه قبل غروب الشمس وجب عليه العتق

وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته
وقوله وان ظاهر العبد ظاهر **وقوله** او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد
المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة اذا كان اقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت اكثر من الاجزاء قيمة
قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف
صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لا يجوز اذ الاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام
لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار بمعنى النص في المنصوص عليه
وانما الاعتبار له في غيره وقوله في حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة
بنت ثعلبة وهي المجادلة التي نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم واما اسمعيل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان
المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر فقيل فيه نظر البياضي
وما ذكره المصنف موافق لما اورده الامام المستغفري في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثي وقوله
فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا فقيرا منا من حنطة
ومنا آخر فقيرا آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ولم يوجد
الاطعام المعتاد للمساكين واما في صدقة الفطر فالمعتبر منها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فلو كان
التفريق جائزا **وقوله** او قيمة ذلك ظاهر او قوله لحصول المقصود اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام ودفع
الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم
خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة في احدهما وكسا خمسة والكسوة ارخص من الطعام فلم يجزه لما ان
المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا ترى ان الاباحة في احدهما يجوز دون الآخر واستشكل بما اذا اعتق
نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنهما وان اتحد الجنس
من حيث الاعتاق واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها
وقوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر وقوله فان غداهم او عشاهم بكلمة او لا بالواو لان التغدية
وحدها والتعشية وحدها لا تجزي قال في المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما
غداءان او عشاءان لكل مسكين فالمعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة اذا اغداهم ستين
وعشا ستين آخرين لا يجوز وقوله قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم شبعان
اختلف المشايخ فيه منهم من قال بجوازه لانه وجد الطعام لعدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان
المأخوذ عليه اشباع الستين ولم يوجد ما اشبعهم وقوله وقال الشافعي متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز
في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكوة وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة ادفع للحاجة فلا ينوب
منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لانه جعل الغير طاعما
وفي الاباحة ذلك اي التمكين كما في التمليك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلمراعاة عين النص واما
بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملك منه فاما ان يطعمه او يصرفه الى حاجة اخرى فلذلك يقام التمليك
مقام التمكين المنصوص عليه اما الواجب في الزكوة فهو الايتاء لقوله تعالى وآتوا الزكوة وفي صدقة الفطر الاداء
لقوله عليه السلام ادوا واغنوهم عن المسئلة وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو كان فيمن عشاهم صبي ظاهر وقوله
وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يوم يعني اذا دفع المسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة
فلا خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود
سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له الا الى سد الخلة بصرف وظيفة
اخرى اليه بخلاف كفارة اخرى لان المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا يمكن ان يجعل مثله في هذه الكفارة

وقد ذكرنا في هذا التقرير ما هو اتم من هذا وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك كثيرة يتجدد في يوم واحد فاذا
فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته في يوم
ينتهي حاجته الى الطعام ولا يتجدد الا بتجدد الايام بخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب
بالنص وهو قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا كالحج فلا يجوز اذا رمى الحصيات
السبع دفعة واحدة **قوله** وان قربها التي ظاهر منها في خلال الاطعام واضح وقوله فالمنع لمعنى في غيره
يعني توهم القدرة على الاعتاق لا يقدم المسيس وعينه في نفسه كالبيع وقت النداء والصلوة في الاوقات المكروهة
قال وإذا اطعم عن ظهارين • وإذا اطعم المظاهر عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا
من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار
وظهار اجزأه عنهما اتفاقا له ان بالمؤدى وفاء بهما اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر
فوفى الصاع وفاء بهما لا محالة والمصروف اليه محل لهما لان الفقير لا يخرج باخذ الحقين عن كونه مصرفا للحقين
والنية معتبرة فيقع عنهما كما لو اختلف السبب يعني اطعم ذلك عن الظهار او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس
الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والغرض عدمها فلغت النية واذا لغت والمؤدى يصلح
كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما اذا نوى
اصل الكفارة فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين
آخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة وكان بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي ان يقع
عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صحت نية التعيين ولم يلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا احل
وطي التي عينها واجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد
وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن احد الظهارين قدرا ومحلا لان محلها مائة وعشرون مسكينا عنده
عدم التفريق فاذا ازداد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا
كل واحد صاعا **وقوله** ومن وجبت عليه كفارتا ظهار ظاهر وقوله كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء
جواب الاستحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لخروج الامر من يده وان اعتق عن ظهار وقيل لم يجز عن
واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين يعني في متحد الجنس ومختلفه وقال الشافعي له ان يجعل عن
ايهما شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر جنس واحد والنية في الجنس الواحد
غير معتبرة فبقي نية اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل عن ايهما شاء فكذا هذا ووجه قول
زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين
في الجنس المتحد لغو فبقي معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة عن
الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز وله ان يصرفها الى ايهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان
من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم
اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله واختلاف الجنس في
الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف السبب يدل على اختلاف
الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية
وكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف لكل
واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما
في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء نية التوزيع وبقاء اصل النية
اذ الجنس متحد ونظير الثاني بمعنى الجنس المختلف اذا كان عليه صوم يوم القضاء والنذر فانه لا بد من التمييز فان

نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما بهما اذ الجنس مختلف والمرض على هذا انما اذا نوى
عن قضاء يومين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب بانا لا نسلم اتحاد الجنس
لانه يختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب
فليصمه من اول الشهر الى اخره

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا
ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل
وهو مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل
امراته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه قيام النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادة
المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع بما فرغا من اللعان
قال واذا قذف الرجل امراته بالزنا اذا قذف الرجل امراته وهما من اهل الشهادة اي من
اهل ادائها ولهذا لا يجري بين المملوكين والمراد ممن يحد قاذفها حتى لو لم يكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد
ودخل بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان
فان قيل اللعان يجري بين الاعمى والفاسق وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المراة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد
لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها اجيب عن الاول
بانهما من اهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كما ذكر في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضيخان وعن الثاني بانه
انما شرط كونها ممن يحد قاذفها
لان اللعان في جانبها قائم مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه
وقذف فانه يجب حد القذف فلم يعد عن ايجاب حكم قوله والاصل ان موجب قذف الرجل زوجته
كان حد القذف في الابتداء كالاجنبية لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية ولما روي ابن مسعود
قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل رجل انصاري فقال ارايتم الرجل يجد مع امراته رجلا
فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت اية اللعان ولانه صلى الله
الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امراته بشريك بن سحماء ائت باربعة من الشهداء يشهدون على
صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة الان يجلد هلال بن امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت
ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا في اية اللعان فوجدناها دالة على
الاصل في اللعان ان تكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق
الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
وجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء
الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفيا للتهمة وقال
الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فعلمنا ● الركن هو الشهادة المؤكدة
باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها
بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير وسقط
حرمة اللعن عن كلامهن عن اعينهن فعساهن يجترئن على الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في
الطرفين واما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر والاشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن
على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما مقام حد القذف
يجري مجراه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او في كلام متفرق

فعليه

فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف بعد مرة واحدة اجيب
بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امراة لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه في الابتداء
بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود هناك دفع عار الزنى عنهن وذلك
يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا
في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة
حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد
كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي اللعان ايمان مؤكدات بالشهادة فمن كان اهلا لليمين كان
اهلا للعان **قال** اذا ثبت هذا يقول يعني اذا ثبت هذا ● الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات
بالايمان نقول لا بد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان يكون المراة ممن يحد
قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا
لها كما اذا نفى اجنبي نسب ولد من ابيه المعروف فانه يكون قاذفا للمراة فكذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد
من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى
يظهر الملحق به وقال الشافعي لا يصير بنفي الولد قاذفا لها ما لم يقل وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطء
بشبهة كما لو قال لاجنبية لم يكن هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفا ما لم يقل وانه من
الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا انا تركناه للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان
الولد ليس منه بان لم يطاها او عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه بزنى او بوطء عن شبهة فاكتفى بنفي
الولد حتى ينفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي ويشترط طلبها الموجب القذف
لانه حقها لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فاذا امتنع الزوج عن
اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى ياتي
بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب اي
سبب اللعان اي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الاخر فيما يدعيه بعد
قذف الزوج بالزنا واما اذا اكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المراة في انها لم تزن ولا يجري اللعان بعد
ذلك واما النسخة الاخرى فقيل انها تعبر على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر الا ترى انه
يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال ان المراد
بالشين الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان
الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص
وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وقوله الا انه يبتدا بالزوج لانه هو المدعي بناء على
ان اللعان شهادات والمطالبة بما هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن كانه استدراك بقاله المتلو من النص
لا يدل على المندوبة بقال الا انه يبتدا وقوله فان امتنعت ظاهر واذا كان الزوج عبدا او كافرا او كانا
كافرين فاسلمت المراة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه الاسلام او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد
لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه ليس من اهل الشهادة فصار الى الموجب الاصلي وهو حد القذف
الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية فانه كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان مشروعا عنه
في قذف الزوج عند وجود الشرط فاذا تعذر صير الى الاصل وقوله واذا كان هو من اهل الشهادة ظاهر
وقوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية
تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث ولكن

أبو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي بإسناده عن عبد الباقي إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي
صلى الله عليه وسلم قيل كفى بأبي بكر الرازي لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى ولو كان ما تحدّ دون شرط في قذف
فعليه الحد لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة فقيل هلا اعتبر جانبها وهو أنها
تحدّ دون شرط في القذف دون الحد أجيب بأن المانع عن الشيء إنما يعتبر ما إذا وجد المقتضي لأنه عبارة عما ينتفي
به الحكم مع قيام مقتضيه وإذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر
المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه فإنه ينعقد قذفه مقتضيا
له بل ينعقد اللعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ولو نقض بما لو قذف عبد امرأته وهي مملوكة أو مكاتبة فإنه لا
حد عليه ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لأنه ليس من أهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم
وهو اللعان فيجب أن يحد لأن القذف يوجبه أجيب بأن في العبد شبهة الأهلية لأن له شهادة بعد العتق
فاعتبرت درءا للحد وليس كذلك المحدود في قذف **قال** وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي
صفة اللعان على ما ذكر في الكتاب واضحة وقوله فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما فقيد
أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لأنها
تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نفى الاجتماع بعد التلا
عن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وجه
الاستدلال أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان فإن امتنع ناب القاضي منابه
دفعا للظلم وقوله دل عليه أي على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل
وقوله قول ذلك الأعرابي يريد عويمرا العجلاني فإنه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها
إن أمسكتها هي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله صلى
الله عليه وسلم فإن قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها أجيب بأن ذلك ينصرف إلى طلبه رد المهر فإنه
روي أنه قال إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وإن كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال
زفر بالحديث يجيء ثم إذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لأن فعل القاضي انتسب إليه لما
عنه كما في العنين وقوله وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما مسئلة مبتدأة وقال أبو يوسف هو أي التفريق باللعان
تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأبيد وهو ينافي عوده خاطبا ولهما أن الإكذاب
أي الإقرار بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطبا
لأن معناه لا يجتمعان أبدا ما داما متلاعنين لأنهما يكونان متلاعنين إما حقيقة بمباشرتهما اللعان أو مجازا
باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شيء بعد الإكذاب أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد
فبطلت أهلية اللعان وإذا انبطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان القذف وقوله القاضي ينفي نسبه من الأب
والحقه بأمه وصورة اللعان في ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إلى آخره وهو ظاهر **وقوله**
ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد حيث كان القذف به فيوفر عليه أي على الزوج مقصوده فالقضاء
بالتفريق يكون متضمنا للتعيين فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بأمه وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق
بينهما ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لأنه أي الولد ينفك
عنه أي عن التفريق إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فإنه يفرق بينهما باللعان
ولا ينتفي النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن أبي يوسف فإن عاد الزوج وأكذب نفسه
بعد اللعان حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا إذا لم يطلقها تطليقة بائنة
بعد القذف فإنه إذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان أما اللعان فلأن المقصو

باللعان

باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود ولا حد عليه لأن قذفه
كان موجبا للعان والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها لأن وجوب
اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها إلى الزنى وانتزع معنى الشهادة منها
بإكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنى إذا رجعوا وأما فيما قلنا فلم توجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد
وإن أكذب نفسه فلو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لأنها بانت بالتطليقات الثلاث وإنما قذفها
بالزنى بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لأنه قذفها وهي
منكوحة ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا أنه بعد قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط
قال وحل له أن يتزوجها تكرار لقوله وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما ويجوز أن يقال ذكر
هنالك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله وكذلك إن قذف غيرها فحد به يعني جاز له أن يتزوجها
وقوله لما بينا يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان وكذا إذا زنت فحدت له أن يتزوجها لانتفاء
الأهلية من جانبها فإن قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الإحصان والمرأة والرجل إذا زنيا
بعد إحصانهما يرجمان فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فعند ذلك أن يبقى محلا للتزوج أجيب بأن معنى
قوله فحدت جلدت وتصوير المسألة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم إنها زنت بعد اللعان فكان حدها
الجلد دون الرجم لأنها كانت محصنة لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد
قال وإذا قذف امرأته وهي صغيرة ○ إذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان
بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا لعدم إحصانهما لأن من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن
الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم الأهلية لكونه
غير مخاطب وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان لأنه قائم مقام حد القذف وحد لا يثبت إلا بالصريح
فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي هو يقول إشارة الأخرس كعبارة الناطق ولنا أن الإشارة لا
تعرى عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد وإذا قال الزوج
ليس حملك مني ظاهر والضمير في قوله في مقام الجلد عند القذف وقوله والقذف لا يصح تعليقه
بالشروط إنما كان كذلك لأن القذف مما لا يحلف به لإفضائه إلى إبقائه إلى زمان وجود الشرط
في ذمة الحالف وفي ذلك إخبار لا إثبات ما يندرئ بالشبهات وإن قال لها زنيت وهذا الحمل
من الزنا ظاهر **وقوله** وقد قذفها حاملا روي أنه صلى الله عليه وسلم قال إن جاءت به أصهب أثيبج
حمش الساقين فهو لهلال وفي رواية أحيمر قصيرا وإن جاءت به أسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على
النعت المكروه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن
ولنا أن نفي الولد حكم من أحكامه والأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله أي
قبل الانفصال أو قبل حصول الولادة فإن قيل يترتب عليها قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية
به وله وأجيب بأن اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لأنه يثبت
مع الشبهات والإرث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال وحاصل الجواب أن
قوله الأحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفي الولد منها للإلزام إقامة الحد مع قيام الشبهة بخلاف
الرد بالعيب والحديث أي حديث هلال محمول على أنه عرف قيام الحمل بطريق الوحي بدليل ما روينا أنه صلى
الله عليه وسلم قال إن جاءت به كذا وكذا ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي **وقوله** وإذا نفى
الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة قال في النهاية على بناء المفعول لا
الفاعل لأنه لو قبل الأب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله يصح نفيه في مدة النفاس يعني إذا

كان حاضرا ولابي حنيفة انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتأمل لئلا يتسرع في نفي الولد مجازفا
واحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه اي على عدم النفي وهو قبوله التهنية او سكوته
عند التهنية فان ذلك اقرار منه ان الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة
او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي عنده وليس فيما ذكر
في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره بسبعة ايام لان هذه سبعة
للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان المقدار بالرأي لا يجوز وذكر
الشامل انه روي عن ابي حنيفة انه مقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج
غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدته الآن فله النفي
عند ابي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنية وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان
النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حالة القدوم كحالة الولادة **وقوله** واذا ولدت ولدين
في بطن واحد ظاهر والاقرار بالعفة سابق على القذف وفي جواب سؤال تقريره ينبغي ان يجب عليه
الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قياما
للاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة فصار
كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن لا يكون ذلك اكذابا فكذلك هذا اذا ام

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب احكام من به مرض مما يتعلق
النكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان
النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا اعرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا يقصده
ان تقوم آلته او لم تقم ويبين ان يصل الى الثيب دون الابكار او الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون ذلك
لمرض به او لضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحر او لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود
في حقها **قال** واذا كان الزوج عنينا. اذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة ابتداؤها
من وقت الخصومة فان وصل اليها والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك وهو قول عمر وعلي
وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة واصحابه والشافعي ومالك واصحابه واحمد
ولان حقها ثابت في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد
من معرفة لذلك وقدرنا بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيزول
بما يضاده من اليبس او بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان
العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي
منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان يقدر السنة شمسية اخذا بالاحتياط لانه ربما يكون نموا فقه العلاج
في الايام التي يقع التفاوت فيما بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما يذكره ولا
بد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج وكانه
طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا بعد التمام
واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم وانما تقع التطليقة بائنة لان
المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون
ذات زوج ولا مطلقة اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطء واما الثاني فلانها تحت زوج
فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المرأة قد سلمت المبدل

مع وجود

مع وجود الادلة فيجب عليها اي عليه البدل وكذا على ذلك قضاء عمر وعلي حيث قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز
قبلكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بيناه يعني في باب المهر هذا اذا اقر الزوج بعدم
الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق الفرقة
حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر شاهدا له والقول
قول من يشهد له الظاهر وكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان
مدعيا صورة ثم ان حلف بالله لقد اصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة ان كانت بكرا نظر النساء اليها
فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط
اليمين مع شهادتهن لتكون حجة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف
البكارة او الثيابة قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا
فبكر **وقوله** وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب حلف الزوج
حاصله ان الاراءة للنساء مرتين قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير فان نكل خيرت لتأيدها
بالنكول اي لتأيد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان حلف لا تخير لبطلان حقها
وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه
ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها
وكذا اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان
هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان حقها فاذا رضيت بالاسقاط
صريحا او دلالة بتأخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها ولا انطلاق بعد ذلك ينبغي فان
اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر **قال**
وفي التأجيل تعتبر السنة في التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهو ثلثمائة
واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون
يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض
عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة ايام التأجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل
وذلك لان الصحابة قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم
ان السنة لا تخلو عنهما ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض فلو لم تكن
في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض كذلك من ايام اخر وعلى هذا اكثر المشايخ وروي عن ابي
يوسف انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه
وان كان اكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدله مكانها وكذلك العنين لان شهر رمضان محسوب عليه
وعنه انه اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم احتسب عليه بزمان المرض وعن محمد ان مرض احدهما
فيما دون الشهر احتسب عليه بذلك وان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض
واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة
وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك
الموضع اي لانسداده ليس خرق الا المبال والقرن بسكون الراء قال في المغرب هو ما عظم غليظه او لحمة
مرتتقة او عظم يمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لانها يعني العيوب الخمسة
تمنع الاستيفاء حسا او طبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون
لان الطباع السليمة تنفر عن صحبتها ولاء وربما يسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم

فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى ان لا يوجبه ولانه ضعف لان النكاح موقت بحيوتهما وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب لان الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة لا يوثر في عقد الا ترى انه لو لم يحل او ذبح او فرّ او فرّ وقت فاحشة لم يكن له حق الفسخ واما المستوفى هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الباقين فبالشق والفتق قوله عليه السلام فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي انه عليه السلام قال لها الحقي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امراة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه عليه السلام قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطي لان شرعية النكاح لاجل الوطي وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل جعل المصنف الوطي فيما اذا كان بالمراة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم من ذلك تحكم قلت هذا السوال نشا من تفسير المشروع له النكاح بالوطي وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما لا يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة

باب العدة

لما فرغ من ذكر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها العدة لانها تترتب على الفرقة وفي باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقراء المراة وفي الشريعة تربص يلزم المراة عند زوال ملك المتعة متاكدا بالدخول او الخلوة او الموت وهو اي هذا التربص والزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل ينقضي وعندنا هو كف المراة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه

قال واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يقل دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه اذ الرجعة لا تكون الا في المدخول بها او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الاخر والفرقة في النكاح الفاسد وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليه بعبارته واما الفرقة بغير طلاق ففي معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار والقرء لفظ حقيقة عنهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد وكذا قاله ابن السكيت ولا يحمل ان يثنا ولها جملة الاشتراك فان اللفظ الواحد عندنا لا يتناول على معنيين مختلفين حقيقيين او حقيقة ومجازا على ما عرف في الاصول ولا يبعد في ان يكون بغرض المصنف لكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد اشارة بنفيها وهذا ايضا مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لمعان احدها العمل بلفظ الجمع يعني في القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع في طهر وهو ليس بمحسوب عن الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار والتقرير بخلاف ما لو اريد بالقرء الحيض فانه يكمل ثلثا والثاني ان

الحيض معرف

الحيض معرف لبراءة الرحم لانه براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان الحمل والطهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل او حائل وهو اي التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يوثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم فعدتهن ثلاثة اشهر وكذا التي بلغت بالسن اي خمسة عشر سنة باخر الاية وهو قوله تعالى واللائي لم يحضن عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عند شرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله فان كانت امة ظاهر وقوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستاذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها حولا لا تخرج فرمت كلبة ببعرة افلا اربعة اشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان الطولى وهي الحول والقصرى وهي اربعة اشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف غير مرة ان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو مذهب عمر وابن مسعود وكان علي يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل واما باربعة اشهر وعشر ايهما كان ابعد لان قول الله تعالى واولات الاحمال اجلهن الاية تقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني سورة يا ايها النبي اذا طلقتم النساء الى اخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى واولات الاحمال متاخر عن قوله يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج

قال واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين عدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا او ثلثا ابعد الاجلين ان تعتد اربعة اشهر وعشرا فيها ثلث حيض حتى لو اعتدت اربعة اشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلث حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وبيان الملازمة بقوله احتياطا وبيانه انا لما اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت او باعتبار اقامة العدة مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة اولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله ولو قتل في ردته حتى ورثته امراته استدل به ابو يوسف فقال الا ترى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق

البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بابعد الاجلين فلا يتمحض بل الاول وقيل
عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكر في الكتاب ان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت
في حق الارث لان عندهم مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الردة
بذلك السبب لزمها العدة بالحيض ولا يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث الى عند الموت لا عند
الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما وقوله فان اعتقت الامة في عدتها ظاهر
واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال لا يثبت عند الزوال فينبغي ان لا تتحول العدة
في العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال مترددة وكانت مترددة ولم يتردد سببها فتغيرت ولهذا
تتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق وقوله
وان كانت آيسة ظاهر وقوله اذا رأت على العادة يعني اذا رأت دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميداني
يقول اذا رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض وان رأت بلة يسيرة لم يكن حيضا بل ذلك
من نتن الرحم وكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله لانه عود ذلك يبطل الاياس هو الصحيح قيد بالصحيح احترازا
عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها واما اذا انقطع الدم عنها زمانا
حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة او نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضا وقوله تحرزا عن الجمع
بين البدل والمبدل منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا
عجز عن الركوع والسجود يومي ويبني فذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية اما ان تعتبر في الصلوة
او في الطهارة وكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلوة بالتيمم ليس ببدل عن الصلوة بالوضوء وكذلك
الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بالركوع والسجود لان بعض الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فلان
الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل
عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما **قال** والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة نكاحا فاسدا
كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحارم اذا نكحها الحرم عالما بالتحريم عند ابي حنيفة والموطوءة بشبهة
وهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها عدتهما الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها اي لان عدتهما للتعرف
عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة والحيض هو المعرف ولا تعرفه في
ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب ان يكتفى بحيضة واحدة او يشترط كما في الاستبراء ولم يكن كذلك
اجيب بانها انما كانت ثلث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا موجدة من حكم الصحيح كما في
البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهائه
وكذلك يثبت اجرة المثل دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم يثبت عدة الوفاة لوهائه فان عدة الوفاة لزيادة
اظهار التأسف لفوات نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان وجه
النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال
الشافعي حيضة واحدة وهو مروي عن ابن عمر قال عدتها ان ملك اليمين لانها تجب به وكانت كعدة النكاح وفيها
لا يكتفى بحيضة واحدة بزوال ولكان كالاستبراء ولهذا لا يختلف بالحيوة والوفاة ولنا انها اذا زوال الفراش
لانها تجب به وكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك
وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما واما مناقب عمر فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض وهو المروي
عن علي وابن مسعود وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح وقوله واذا مات الصغير عن
امرأته ظاهر وقوله كالحادث بعد الموت كستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم
بان يأتي به لاكثر من سنتين قال في النهاية والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت ان تلد لاقل من ستة

اشهر

اشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية ولنا قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة وقوله لانها
مقدرة في ذلك معقول لما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة
او طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح
يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى واضحة وبين الاولى بقوله لشرعها اي لشرع عدة الوفاة
بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على ما مر
وفيه بحث لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة في اولات الاحمال او اليها مطلقا
ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة في الحامل فلا يلزم
من ان يكون التعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل الا ان يكون كذلك فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم
والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف
في اولات الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان اعم من المدلول
كان اتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف
وقوله بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا
بفراغ رحمها عند الموت والزمناها العدة بالشهور وجفاء النكاح بانه التربص فلا يتغير بحدوث الحمل وفيما
نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل لانها عدة اولات الاحمال بالنص فافترقا اي الحمل القائم
عند الموت والحادث بعده فان قيل اذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد الزمناها العدة بالشهور
ثم اذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل اجاب بقوله ولا يلزم امرأة
الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه وكان اي الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا
لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث يثبت فههنا لا بد له من حمل فجعلناه
كالقائم حكما وفي امرأة الصغير لما يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت وكان الحمل مضافا
الى اقرب الاوقات وكان ابتداء عدته بالاشهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني في وجهي
الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده لان الصبي لا ماء له ولا يتصور منه العلوق
فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح
يقام مقامه اي مقام الماء في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته ظاهر **قال** واذا
وطئت المعتدة بشبهة اذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان يكونا من رجلين او من رجل واحد
فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلثا فتزوجها في العدة ووطئ المطلقة ثلثا وقال ظننت انها تحل لي
او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتان تتداخلان وان كان الاول وكانتا
من جنسين كالمتوفى زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجيء او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت
في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان عندنا وتكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما
جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطئ
الثاني اذا كانت بعد ما رأت المرأة حيضة تجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلث حيض ايضا والجميع
تنوب عن اربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة وان لم
تكن رأت شيئا فليس عليها الا ثلث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي لا يتداخلان لان
المقصود من العدة العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولانه اخل في العبادات كالصومين
في يوم واحد فان في العدة كفا عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تتداخل

في الصوم فكذا في العدة ولنا ان المقصود من العدة التعرف على فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الاولى
فبقت الحلال وقوله ومعنى العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى
العبادة في العدة تابع ان تركها حرمة الازدواج والخروج وقال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الاية
وقال ولا تخرجوهن الاية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم وحرام الاحرام
والحرم وكالمرء من حلف لا يشربها وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان
ركنه الكف بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل وان تجتمع الامساكان في يوم واحد فاستوضح المصنف تبعية
العبادة بقوله الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف يعني عن الخروج والعبادة لا تتحقق اداؤها
بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تجب على الصبية والايسة لعدم الشغل بهما
ولا على المتوفى عنها زوجها لان ذلك لا يحتاج واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا ان المقصود
ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والا لجاز التداخل في اقراء عدة واحدة لحصول المقصود وبقي ضرر تطويل
العدة عليها واجيب عن الاول بان الصبي التي تحتمل الوطي والايسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل
وهو الوطي لان العدة يكتفى في ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة
فيها الى التعرف قائمة صيانة لماء الزوج عن الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه كما للاب وعن الثاني
بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف حصة واحدة لترك التعرف بتلك حصة في حصول المقصود لان المقصود من
الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية
وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال
واردا عليه **وقوله** والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال في المبسوط لو تزوجت
في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلاث
حيض للاخر وتحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة ايضا **قال** وابتداء العدة في الطلاق
عقيب الطلاق ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوبها
للطلاق والوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة
فقد انقضت عدتها لما قلنا قال رحمه الله اذا اقر الرجل امراته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمراة لا تعلم
بذلك لها ان تصدقه وتعتد عدتها من ذلك ومشايخنا بسمرقند يفتون في الطلاق ان ابتداءها
من الاقرار نفيا لتهمة المواضعة لجواز ان تواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين
ووصيته لها بشيء او تواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج اختها او اربعا سواها وقال في الذخيرة اختار
مشايخ انه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها واربع
سواها زجرا له عن الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة
في النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما او عزم الواطي على ترك وطيها والعزم
امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطيها او ما يفيد معناه فيقام
مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر من اخر الوطيات لان الوطي هو السبب الموجب للعدة اذ لو لم يجب عليها
العدة ولنا ان كل وطي وجد في العقد وتقريره القول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان الوطي هو السبب للعدة
لكن جميع الوطيات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطية واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا اكتفي في
الكل بمهر واحد واذا كان كذلك لم يثبت اخر وطية يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جاز
ان يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه اخر الوطيات اخرها وتحرير هذه النكتة العدة لا تثبت الا باخر وطية واخر
وطية لا يوجد الا بالتفريق او العزم فالعدة لا تثبت الا بالتفريق او العزم واما انها لا تثبت الا بالتفريق

او العزم

او العزم واما انها لا تثبت الا باخر وطية فبالاتفاق بيننا وبين الخصم واما ان اخر وطية لا يوجد الا بالتفريق
او العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله ولان التمكن على وجه الشبهة دليل اخر وتقريره ان حقيقة
الوطي امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطي على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام
السبب مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن من الوطي على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطي واذا قام
مقامها فمهما كان التمكن باقيا فلا يتعين اخر الوطيات اذ التمكن باق بعد كل وطية فرضت فلا بد من المتاركة
او العزم ليرتفع التمكن فيتعين اخر الوطيات فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطي امر خفي لان الحاجة الى
معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطي ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت قد اشار الى الجواب بقوله
ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الواطي وهو من يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطوءة
واربع سواها ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في الكتاب ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فدونك
ما خاطري ابو عذرته وجهد المقل دموعه **وقوله** اذا قالت المعتدة انقضت عدتي ظاهر وقوله
تحلف كالمودع يعني اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه
لانه امين وما على الامين الا اليمين **قال** واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا قال في النهاية
هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد
وهو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني او لا فعند محمد لا يكون وعندهما
يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة
الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة فان قيل فعلام تجب عليها اكمال العدة
الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط
المياه فاذا طلقها بائنا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى كما لو اشترى
امة ولده اي منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فانه تجب عليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما
ما يجتنب من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت
العدة الا ترى انه لا يجوز ان يزوجها ولم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا اظهر
حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حقا للفساد ومما يعتبر ان من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد فيهما واما
الثالثة فانها تجب من العتق خاصة ولا يلزمها الاحداد ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطية الاولى
وبقي اثره اي والحال انه بقي اثره اي اثر الوطي الاول وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة باليد
في النكاح الاول ناب ذلك القبض الذي كان بالدخول مناب القبض اي الدخول المستحق في هذا النكاح
فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة
فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق
الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع باين اجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو
كالطلاق والمشابه للشيء لا يلزم ان يشابهه من جميع الوجوه الا ترى ان الخلوة كالدخول في حق كمال المهر
ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري
المغصوب وهو واضح وقوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول ليس بلا تخفى بدليل قوله قبله
ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر على ما ذكره واضح **وقوله** ونحوه ما قلنا اشارة
الى قوله وكمال العدة الاولى والى قوله ولانها مقبوضة في يده الى اخره واذا طلق الذمي الذمية
فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة على نية ان لا تعود الى دار الحرب لانقطاع زاعم فلانه
قد مراد ادانة بهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي اذا خرج احد الزوجين الينا

مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً فأسلم أو صار ذمياً والآخر على حربه ثم فقد ثبتت الزوجية ثم إذا كانت
المرأة في الخارجة فلا عدة عليها وإنما قيّد المصنف بقوله مسلماً بياناً لا احترازاً لأنها فإن تزوجت جاز عند أبي حنيفة
وقالا عليها العدة وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم
يعني كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كانوا يعتقدون ذلك لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة
لا عدة عليها من الكافر إذا كانوا يعتقدون ذلك وقد بيناه في كتاب النكاح يعني في باب نكاح أهل الشرك
وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة وقعت بينهما بسبب أثر كالطلاق وجبت العدة فكذا إذا ثبت التباين
بخلاف ما إذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ أحكام الشرع إياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن
تنكحوهن نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقاً فيتناول بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص قوله ولأن العدة
حيث وجبت دليل معقول وتقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لأنها تجب صيانة لمائه محترم ولهذا
لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لأنه ملحق بالجماد حتى كان محلاً للتملك وقوله إلا أن تكون حاملاً يجوز أن يكون
استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لأن معناه والحربي لا حق له إلا أن تكون امرأته حاملاً لأن في
بطنها ولداً ثابت النسب أمنع من احتماله ألا ترى أن أم الولد إذا كانت حاملاً لا يزوجها مولاها وإذا كانت
حاملاً لا حاجة له ذلك وهذا لأن الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائماً بنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين
ولا كذلك إذا لم يكن ولقائل أن يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل
والحائل فيفصل الحائل زيادة على النص ولا يجوز كما قلتم بالنسبة إلى العدة والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم
من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الأمة بالقبول فتجوز به الزيادة على
العدة كأنه ليس فيها مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إن تزوجت صح نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من
الزنا والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لأنه لا نسب له

فصل لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من يجب وعلى من لا
يجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب يقال ابتت طلاق المرأة وأبتته والمبتوتة
المرأة وأصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلث وهي
المختلعة والمطلقة بتطليقة بائنة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها الحداد إذا كانت بالغة مسلمة الحداد
وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها وأصل الحد المنع يقال أحدت إحداداً فهي محدة منعت نفسها
وحدت تحد حداداً أما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة أن تؤمن بالله واليوم
الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً وفي وجه الاستدلال به إشكال وهو
لأن مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم إحلال
وليس الكلام فيه وإنما هو في الإيجاب وقال في النهاية يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي الإحلال
للإحداد ونفي إحلال الإحداد نفي للإحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى إثبات الإحداد إذ لا محالة وكان تقرير
الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً وكان
هذا أحسن إحساناً بإحداد المتوفى عنها زوجها وكان واجباً لأن إخبار الشارع آكد من الأمر وهذا لأنه
ما وجدت في الشرع فإن قيل الإحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا
تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجباً بالخبر معارضاً للكتاب أجيب بأن المراد بما في الكتاب
فرح خاص وأي خاص وهو الفرح والأسى مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود وأما وجوب الإحداد على
المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا إحداد عليها لأنه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها
إلى مماته وهذا قد أوحشها بالإبانة فلا تأسف على فوته ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة

أن تختضب

أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه أم سلمة ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه
ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده مسنداً عن إبراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة
والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوباً مصبوغاً ولا يخرجن من
وإبراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولأنه وجب
دليل معقول ويجوز أن يكون بياناً لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة
وتقريره أن النص ورد في وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه
إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والإبانة أقطع
لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتاً قبل الإبانة لا بعدها وكان إلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها
زوجها كإلحاق ضرب الوالدين بالتأفيف فإن قيل إن تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لأنها
قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف يتأسف فالجواب أن الأحكام إنما تعتبر
بالموضوعات الأصلية وفوات نعمة النكاح إنما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة
نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الأزواج
أيضاً لأن نعمة النكاح مشتركة بينهما لأنا نقول النص لم يرد إلا في المزوجات والأزواج لا يساوين
معناهن لكونهن أذى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لاقتدارهم على وصم ودرور النفقة
عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الأزواج وقوله والحداد ويقال
الإحداد تعريف للحداد وكان موضعه أول الكلام وأتى بالجامع الصغير لأن لفظه يخالف لفظ
القدوري وفي الوجه إشارة إلى أن العذر هو التداوي لا الزينة وقوله والمعنى فيه أي في إيجاب
ترك الطيب والزينة وجهان أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف والثاني أن هذه دواعي الرغبة
فيها لأن المرأة إن كانت متزينة متطيبة يزيد رغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت
في عدة الوفاة والطلاق فتجتنبها كيلا تصير ذريعة أي وسيلة إلى الوقوع في المحرم وهو النكاح وقد
صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال روي عن أم سلمة أنها قالت جاءت امرأة
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت إن زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينيها أفنكحلها فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثاً وقوله والمراد الدواء يعني ينبغي أن يكون مرادها الاكتحال
للدواء لا الزينة وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه السلام الحناء طيب **قال** ولا إحداد على
كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن
نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم أما الكافرة
وهي الكتابية فلأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحقوق والحداد من حقوقه أشار إلى ذلك قوله عليه السلام
لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر وأما الصغيرة فلأن الخطاب موضوع عنها وذكر الأمة في أثنا
ها وكان استطراداً وهو ظاهر وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلأن كل واحد منهما ما فاتها
نعمة النكاح ليظهر التأسف والأصل هو الإباحة في الزينة لإباحتها في النساء قال الله تعالى قل من حرم زينة
الله التي أخرج لعباده فإن قيل قد ذكرتم أن وجوب الحداد لإظهار التأسف وكون هذه الأشياء دواعي
الرغبة فيها فإن فات الأول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لأنهما
ممنوعتان عن النكاح حال قيام عدتهما فينبغي أن يجب الحداد عليهما للوجه الثاني أجيب بأن الوجه الثاني
حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة
دون الحكمة وأرى أن قوله والإباحة الأصلية إشارة إلى الجواب عن هذا السؤال ووجهه أنهما لما

فيهما أخذ الوجهين عارضت الإباحة الأصلية إشارة إلى الجواب الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة ولا ينبغي أن يخطب المعتدة لقوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء إلى أن قال ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض أن يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره وقد فسر ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى أكننتم في أنفسكم أي سترتموه في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن أي لا تواعدوهن وطيا لأنه مما يسر إلا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن أي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسرا بقول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب ولا يجوز للرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت بأن خافت سقوطه أو مغارقة على نفسها أو مالها أو أخرجها أهل المنزل بأن كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائبا أو لا تقدر على الأجرة والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج قاله إبراهيم النخعي وبه أخذ أبو حنيفة فيكون معناه إلا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي إلا كافر ولا يزني أحد إلا أن يكون فاسقا وقيل هي الزنى ويخرجن لإقامة الحد عليهن قاله ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس هي نشوزها وأن تكون بذية اللسان تبذوا على أحماء زوجها وقوله وأما المتوفى عنها زوجها واضح وقال صلى الله عليه وسلم للتي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن أبي سنان أخت أبي سعيد الخدري لما قتل زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد في بني خدرة لأنه في بيت زوجها فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها أعيدي المسألة فأعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب أجله يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على أنها يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج وعلى أن الخروج بعض النهار لقضاء الحاجة لحوائجها جائز فإنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها الخروج للاستفتاء وقوله والأولى أن تخرج هو ترك الأن مكثها في منزل الزوج واجب ونقلته فيه مباح ورعاية الواجب أولى وقوله وإن ضاق عليهم المنزل فلتخرج يشير إلى أن ضيق المنزل من جملة الأعذار فإذا خرجت فإن للزوج تعيين الموضع الذي تنتقل إليه بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت لعذر فإن التعيين إليها لاستبدادها في أمر السكنى وقوله وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها هذه المسألة على وجوه لأنه لا يخلو إما أن يكون بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعدا فإن كان الأول رجعت إلى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها أما إذا كان ثلاثة أيام فظاهر لأن المضي إلى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون وأما إذا كان أقل منها فلأنها كما رجعت صارت مقيمة وإذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل إلى المقصد فإذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن يكون بينها وبين المقصد أيضا ثلاثة أيام أو أقل فإن كان ثلاثة أيام فهي بالخيار إن شاءت رجعت إلى مصرها وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لأن وضع المسألة في الخروج إلى مكة وغالب طريقها مفاوز ومعاطش فلا بد من الخروج قيل وينبغي أن تختار أقرب الجانبين وهي في هذه المسألة كالتي أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لأنها خائفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك وقال المصنف الأن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج وإن كان أقل مضت إلى مقصدها لأنها إذا

لا يكون

لا يكون منشئة سفرا ولا بانية في العدة مدة السفر وإن رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا أمضت إلى مقصدها ولم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتمادا على أن يفهم من الشق الأول لأنها إذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فإذا كان أحدهما أقل تعين وقوله إلا أن يكون طلقها أو مات عنها في مصر استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت يعني أن لها الخيار في ذلك إلا إذا كانت المفازة في مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لأن نفس الخروج مباح لا يتعلق دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وإذا ارتفع عاد مباحا وقوله وهذا أعني إشارة إلى ثلاثة أخرى هي أن التربص على المعتدة في منزلها وإن كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال لعذر كما بعد انهدام المنزل وغيره وأذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا إلى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولأبي حنيفة أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح

باب ثبوت النسب

لما فرغ من أنواع المعتدات من ذوات الأشهر والأحمال ذكر ما يلزم من أعداد أولاد الأحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لستة أشهر من يوم تزوجها أو من وقت تزوجها لأن اليوم من قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان لثبوت نسبه وعليه المهر أما النسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق مشروطا بالنكاح فإن قيل يعقب الشرط بزمان وإن لطف فلو كان العلوق قبله أي قبل الطلاق في حالة النكاح فإن قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والإعلاق لأنه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب ألا ترى أن ولدا جاءت به امرأة الصبي لا يثبت نسبه أجاب بقوله والتصور ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يجامعها والناس يسمعون كلامهما فلما لا أنزال فقد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لأن الطلاق لا يقع إلا بعد تمام الشرط وزوال الفراش بحكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فإن قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم أجاب بقوله والنسب يحتاط في إثباته وإن كان نادرا لكن النسب يحتاط في إثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب لأن علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك إن ولدت لأكثر منها لأنه حين طلقت حكمنا بأنه لا عدة لها لأنها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتبين بطلان هذا الحكم لاحتمال العلوق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في وقت الطلاق فبعد ذلك إما أن يكون منه أو من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لأمر النسب إذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه إضاعة الولد وإبطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث وإحالة الولد إلى أبعد الأوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه وأما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فبالدخول وقوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر وقوله ويحتمل لعلوق فلا يصير مراجعا بالشك قيل عليه ينبغي أن يصير مراجعا لأن الوطء هاهنا حلال فإحالة العلوق إلى أقرب الأوقات وهي حالة العدة فيثبت به المراجعة واجيب بأن في ذلك حمل أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعا لها بدون الإشهاد بالفعل وإحالة العلوق إلى ما قبل

الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب ان يقول لا يصير
مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطئ قبل الطلاق وقوله لان العلوق بعد الطلاق اذ الولد لا يبقى
في بطن امه اكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم
انه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة وجاءت بالولد لانتفاء الفرض فيما
اذا لم تتزوج لانا نقول الفرض انه لم يبطل ماء في العدة اذ لو وطئها ثبتت الرجعة من غير توقف فهذا
التكليف واجيب بانه تعرض لذلك الا ان الحكم بانه نكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح اخر
فيجب القول به قال في النهاية الى هذا اشار فخر الاسلام في مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام
للسؤال والصواب ان اراد اللازم غير جائز وحينئذ يندفع السؤال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح اخر
يجعل نفي الولد صائبا وكانه قال لانتفاء الشنيع منها بالزنا او بما في معناه فيه **قال** والمبتوتة
يثبت نسب ولدها منه اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال ان يكون الولد
قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين
من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزم اكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل
فلا يكون منه لان وطئها حرام **وقوله** الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني انه اذا ادعاه يثبت
النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين وهل يحتاج فيه الى تصديق المراة فيه روايتان وقوله لانه التزمه
اي التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعي بان وطئها بشبهة في العدة والنسب يحتاط في اثباته فيثبت
فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر با
نقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة
فساعة فيحتمل ان تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء العدة ويحتمل انها حملت بعد انقضاء العدة بثلثة
اشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان
الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل ان تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء
عدتها بوضع ويحتمل انها حملت بعد انقضاء العدة ثلاثة اشهر واذا كانت كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر
بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا اقرت بانقضاء
العدة بثلثة اشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها
فصار كانها لم تقر بانقضاء بها فيثبت النسب ان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الاشهر لانا عرفناها صغيرة
بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فيضمنها حكم الشرع بالانقضاء اقرت به او لم تقر وهو اي
حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله فلو اقرت بانقضاء العدة ثم ولدت
لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء
عدتها جهة معينة وهي مضي اربعة اشهر وعشر اما لم يكن الحبل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين
عند علمائنا الثلاثة ولا يحكم الا بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك
والجواب سياتي عند قوله الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وان كانت الصغيرة مطلقة طلاقا رجعيا
فكذلك الجواب عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا
وعند ابي يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في اخر العدة وهي الثلاثة الاشهر
ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة
سواء لانها اعترفت بامر عدتها فيحكم باقرارها بالبلوغ فيثبت نسب ولدها الا اقل من سنتين في الطلاق البائن

ولا اقل من سبعة وعشرين

ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي وقوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله
الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة اذا مضينا الحكم على الاصل
ولكن الاصل في الموضعين قد اختلف فكذلك اختلف الحكم الذي بني عليه ايضا وذلك لان الاصل في
الكبيرة الاحبال فلم يتعين في حقها انقضاء عدتها بالعدة بالاشهر وفي الصغيرة عدم الاحبال فكان كل عبرة
في حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق
غير المنكوحة فاما النكاح فلا يعقد الا للاحبال وقوله وفيه اي في البلوغ شك والصغر كان ثابتا
بيقين فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد ظاهر وقوله
وهذا اللفظ اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة بالطلاق حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى
يتناول كل معتدة يعني كانت معتدة من طلاق رجعي او بائن بالاشهر او بالحيض قيل ذكر المرغيناني
وقاضي خان ان الايسة لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها فلم
يتناول كل معتدة الا ان يتناول كل معتدة غير الايسة وهذا يخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام
وغيره في شروح الجامع الصغير ان الايسة اذا اقرت بانقضاء العدة معتبرا بثلثة اشهر او مطلقا في مدة
تصلح لثلثة اقراء ثم ولدت المعتدة عن طلاق بائن او رجعي لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت
النسب والا فلا **قال** واذا ولدت المعتدة ولدا • اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن
او رجعي ولدا قد انكره الزوج لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة ما لم يشهد بولادتها رجلان او رجل
وامراتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا
يثبت في جميع ذلك بشهادة امراة واحدة لان الفراش وهو تعين المراة لماء الزوج حجة يثبت منها
نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة وهو اي قيام الفراش ملزم للنسب فلا حاجة الى اثباته وانما
الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امراة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور الحبل او اقرار
الزوج ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة فيما
ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب
ابتداء بانقضائها فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف به من الزوج
صادرا لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت
بشهادتها قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال واجيب بان النظر لا يلزم بل
اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد لحل لهم اداء الشهادة
واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها اي اقر به جميع الورثة او جماعة منهم
يقطع الكذب بشهادتهم كرجلين او رجل وامراتين منهم ثبت نسبه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر
لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم واما في حق النسب بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت او لا قالوا اذا كانوا
من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان
لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم لاقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط كالعبد
مع المولى والجندي مع السلطان مع الاخ الاقامة **وقوله** واذا تزوج الرجل امراة ظاهر
وقوله واللعان انما يجب بالقذف جواب عما يقال اللعان هنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة
القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة
النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله لم تلديه قذف لها بالزنا معنى
والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اشتغل العلما

الى القذف لا بانكار وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة محرزا عنه
وان ولدت المرأة ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت منذ ستة اشهر فالقول
قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين احدهما ان
المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله وعن الثاني بان النسب
مما يحافظ في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه يرجح المثبت على ظاهر حالها بثابت بظاهر حاله
من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان النكاح الحبلى فاسد وهل يحرم على الزوج بهذا الكلام
ينبغي ان لا يحرم فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها
بغير شهود واجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى
ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني انه ان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه بنفوذ الدعوة
اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع بطل **قال** ولم يذكر الاختلاف
وهو على الاستحلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله واذا قال لامرأته اذا ولدت
فانت طالق ظاهر وقوله فيما يبنى عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة
حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة ان دعواها الحنث
الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حنث في يمينه والحنث ليس من ضرورات
الولادة فلا يثبت الا بكاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتهن
ضرورية في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل
ان يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها
والشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الزوج بالحبل
ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة خلافا
وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشاهدها
فيه حجة على ما بيناه في المسألة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان اقراره
بالحبل اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا ارشدك الى ان وجود الشرط
انما يثبت بمجرد وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط به ليس يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند افراده عن
الشرط والاقرار كذلك علاقة بشهادة القابلة في المسألة الاولى فلم يلزم منه جواب الاعتراض هناك والله اعلم
قال واكثر مدة الحمل سنتان اكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة الولد لا يبقى في البطن اكثر من
سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حالة الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة
الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال وفي رواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل
اي ولو بقدر فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة قالته سماعا لان العقل
لا يهتدي الى معرفة المقادير واما قدم بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه واقله
ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر وهذا تأويل
خرجه ابن عباس ذكره في المبسوط فقال روي ان رجلا تزوج فولدت له لستة اشهر فهم عثمان
برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله
ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان
الحد عنها واثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقدير الذي ذكره هنا في تأويل الاية مخالف
لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك ثلاثون شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم اظهر

النفس

النفس في حق الحمل وهاهنا جعلها مدة لهما جميعا ثم اصاب منها للفصال عامان لقوله وفصاله في عامين
ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة اشهر واجيب بان استدلاله هناك انما كان بالنظر اليها والى اخرى وجاز ان
تكون الاية نظرا الى ذاتها مقيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مقيدة لحكم اخر فتأمل وقال الشافعي
تقدر الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة
بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان سمي هرما لذلك والضحاك بن مزاحم هكذا فسمي ضحاكا
لانه ضحك حين ولد وغيرهم والحجة عليهم ما روينا عن عائشة والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه
اي الى مقدار مدة ما في الرحم **وقوله** ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد الدخول ثم اشتراها
فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول يعني اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء لانها ولدت لاقل من ستة اشهر من
وقت الشراء ونسب الولد ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما وفي الوجه الثاني يعني فيما اذا
جاءت به لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء والمملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب الاوقات واقربها
وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف هذا اذا كان الطلاق بائنا او خلعا او رجعيا
اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الى
ما بعده لانها لا تحل بالشراء لان الامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم تحل
لا يقضى بالعلوق باقرب الاوقات بل بابعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وابعد الاوقات ما هو ما قبل
الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فتحل
له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد الى اقرب الاوقات حينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة فان
قيل وجب ان تنكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين لفروجهم حافظون
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانه وجب ان لا تنكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم اقوى ومن قال لامته ان كان
في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي ام ولده لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد
وجد من المولى بقوله فهو مني وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا
ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت
بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت
القول بصحة الدعوى **وقوله** ومن قال لغلام هو ابني ومات واعترض بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث
في الاستحسان ايضا لان هذا ثبت اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث
واجيب بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما
ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا انفكاك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لئلا يرد
نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضي انما يثبت لتصحيح المقتضى
لا محالة والمقتضى هاهنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح عن وطء بشبهة او يكون الولد ولد
امة الولد فلم يتعين ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم الاستحسان فانه قال
فيه المسألة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان تكون ام ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين
لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر

باب الولد من احق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لاحتياج الى بيان
واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة

جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت إن ابني هذا كانت بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أن ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجي ولأن الأم أشفق عليه لزيادة اتصاله بها من حيث تقرض منها بالمقراض وأقدر على الحضانة بلزومها البيت وكان في التفويض إليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها وإليه أشار أبو بكر الصديق روي أن عمر خاصم أم عاصم بين يدي أبي بكر لينزع العاصم منها فقال له أبو بكر ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر أحد والنفقة على الأب على ما يجيء قوله ولا تجبر الأم عليه أي على أخذ الولد إذا أبت أو لم تطلب لما ذكره إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه فإن لم يكن أم بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي فإنها كالمعدومة حينئذ فأم الأم أولى من أم الأب وإن بعدت لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي إليه بأم فهي أولى ممن تدلي بأب وتستوي في ذلك المسلمة والكافرة لأن حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما يأتي كل شيء يجيء ولدها حق الحضانة فإن لم يكن له أم الأم بالتفسير المار فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات وهذه الولاية بالأمومة ولهذا أي ولكون الجدة من الأمهات تحرز ميراث الأمهات السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد أي لأجل الولاد فإن لم تكن جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن في الميراث وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا لقرب القرابة والأخت أقرب لأنها ولد الأب والخالة ولد الجد وقال في كتاب الطلاق الخالة أولى من الأخت لأب اعتبارا بالمدلي به فإن الخالة تدلي بالأم وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل في تفسير قوله تعالى ورفع أبويه على العرش إنها خالته وقوله وتقدم الأخت لأب وأم ظاهر ومعناه أن ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق ألا ترى أن الأخ لأب وأم مقدم في العصوبة على الأخ لأب بسبب قرابة الأم وقرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان وفيه نظر لأن قرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلا بخلاف قرابة الأب في استحقاق الحضانة فإن لها ذلك عند عدم قرابة الأم

قال وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها • كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها إذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجي ولأن حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لأن زوج الأم يعطيه نزرا أي قليلا وينظر إليه شزرا أي نظر المبغض فلا نظر له إذ ذاك إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قام مقام أبيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالعم إذا تزوج بأم الولد لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال فإن لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه في باب الميراث وولاية الإنكاح فإن اجتمع إخوة لأب وأم فأصلحهم دينا وورعا أحق به لأن حضانته أنفع لأنه يتخلق بأخلاقه فإن تساووا فأكبرهم سنا أحق به لأن حقه أسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به في المبسوط غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع إلى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد وذكر التمرتاشي فإن لم يكن واحد من العصبة تدفع إلى الأخ لأم عند أبي حنيفة ثم ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب وقال محمد لا حق للذكر من قبل النساء ولكن يرى القاضي الأقرب تدفع إلى ثقة تحضنه

قال والأم والجدة أحق بالغلام واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر أن المعنى واحد وهو ظاهر وقوله اعتبارا للغالب يعني أن الصبي في الغالب إذا بلغ سبع سنين استغنى عن الحضانة والتربية حينئذ • وحده وقوله يحتاج إلى معرفة آداب النساء كالغزل

والطبخ

والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين بالتزويج وولاية التزويج إلى الأب وإلى الحفظ عن وقوع الفتنة والأب فيه أقوى وأهدى لأن بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا يتمكن الأم من ذلك وروى هشام عن محمد أنها إذا بلغت حد الشهوة تدفع إلى الأب لتحقق الحاجة إلى الصيانة وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه أبو الليث حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبعا أو ثمانيا إن كانت عبلة وقوله ومن سوى الأم والجدة يعني إذا كانت الصغيرة عند الأخوات والخالات أو العمات فإنها تترك عندهن إلى أن تبلغ حد الشهوة على رواية القدوري وحتى تستغني في رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها وحدها لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء لكن في تفويض ذلك إلى الصغيرة وليس لغير الأم والجدتين ولاية الاستخدام ولهذا لا يؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم بخلاف الأم والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد لأنهما حرتان أوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية أحق بولدها المسلم فإن كان زوجها مسلما ما لم يعقل الأديان أو يخاف بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفا على أن يعقل أن يألف الكفر لأن الدفع إليها قبل ذلك أنظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام والجارية يعني من الأبوين وقال الشافعي لهما ذلك إذا بلغ سن التمييز ويسلم إلى من اختار فإن اختار الأب لا يمنع من الزيارة وإن اختار الأم فعلى الأب مراعاته وتسليمه إلى المكتب والحرفة لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الأبوين روى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية إلى أمها فقال صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها ولنا أنها لقصور عقلها تختار من عنده الدعة أي الخفض والراحة وكلامه واضح وقوله قوله أنه يحمل على ما إذا كان بالغا والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما رويناه وما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الأبوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فأول المصنف الأول بقوله قلنا قد قال عليه السلام اللهم اهدها والثاني بقوله أو يحمل على ما إذا كان بالغا والله أعلم

فصل لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الإخراج إلى القرى وغيره في فصل على حدة وإذا أرادت المطلقة بعد انقضاء العدة أن تخرج من المصر فذلك على أربعة أقسام إما أن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه وإما أن تخرج إلى ما ليس وطنها ولم يقع العقد فيه وإما أن تخرج إلى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فجاز والأول كما ذكر في الكتاب وقوله لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا دليل المستثنى وقوله ولهذا يصير الحربي أي الشخص الحربي ذكرا كان أو أنثى به أي بالتزوج في بلد ذميا قال في النهاية وهذا وقع غلطا لأن المصنف ذكر في السير وذكر أيضا في سير مبسوط الكتاب إذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع وأجيب بأن الضمير في به راجع إلى التزام التزام المقام وفيه نظر لأنه يؤول إلى أن يقول إنه بالتزوج في بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه أنه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فيعاد المحذور وإن لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله فلا ينبغي اتصاله على البحث ولا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربي إلى الحربية ويجوز أن يقال لا حاجة إلى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربي صفة الشخص كما قدرنا في أول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا خرج عن كونه غلطا إلى كونه ملبسا ومنهم من جعله من باب القياس والاستحسان فحمل ما ذكره هنا وجه القياس لأن التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا

وعرفا لا سيما اذا كانت المراة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكر في الشرح وجه الاستحسان لان التزوج دار يصلح دليلا على التزام المقام لتزوج الحربية الذمي الا ان قبول الجزية الموجب للذمة لدفع الصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك واجاب شيخي العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما وقوله ان ثبت في بيت في الحربي يتزوج في بلد المسلمين ان يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح واما في عكس هذه المسئلة وهي ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد فيه فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات واما القسم الآخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيها فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية وقوله والحاصل ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية لعله وجود هذين الوصفين لا بد من وصف آخر هو شرط فيه ايضا وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فانى يتهيأ لها الانتقال اليها والجواب ان هو اراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجا الينا ووقعت الفرقة بينهما فارادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والباقي ظاهر

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق حضانة الولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيرها والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشيء بما به بقاؤه ونفقة الغير على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجة لان الزوجية اصل النسب فقدم عليه والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزءه منه وكذا على الوالدين **قال** النفقة واجبة للزوجة • النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا ترى ان الزوج لو لم يتقبل يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المراة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته امر بالانفاق والامر للوجوب وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما تعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم • ان لا يوطئن فرشكم احدا وان لا ياذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه بل هي على الراهن واجيب بان الرهن محبوس بحق الراهن ايضا وهو كونه موفيا الهلاك فلهذا لم تجب النفقة على المرتهن وهذه الدلائل تعني التي ذكرها في الكتاب والسنة لا تفصل فيها فتستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما هذا لفظ القدوري قال المصنف وهذا اي اعتبار حالهما عو ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره اي تفسير قول الخصاف وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين او معسرين او الزوج موسر والزوجة معسرة والعكس من ذلك ففي الاول تجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوى واللحم المشوي والباذنجان والمراة كانت تاكل في بيتها الخبز الشعير لا يؤخذ الزوج بان يطعمها

بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيفاء ونفقته عليه بل هي على الراهن

ما تاكل بنفسه

ما تاكل بنفسه ولا ما كانت المراة تاكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة او باجتين ولم يذكر المصنف الرابع لانه يعلم من القسم الثالث قال الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فقال لا يتكلف ان يطعمها خبز الرباجة او باجتين كلا يلحقها الضرر ولو لم يرد على يفهم من القسم الثالث من توسط الحال وقال في ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الاكثر حاله وقال ذو يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا والدليل عليه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وامره بالانفاق فلا مصير الى غيره ووجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما فان قوله صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان روى البخاري باسناده الى عائشة ان هند ابنة عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها وللقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان الحاجة اليه هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به فان الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على حالها فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فيكون المعنى وحينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف وهو اي اعتبار حالهما هو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج واجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله ونحن نقول بموجب النص بانه يجب ان ينفق بقدر وسعه لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان اداه كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز وقوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما في وسعه ان كانت حالها تقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان معسرا فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المراة وهو الواجب **وقوله** وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانها مما يختلف فيها احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن في التقدير قد يكون اضرارا **قال** وان امتنعت من تسليم نفسها • ان امتنعت المراة عن تسليم نفسها قبل الدخول او بعده على قول ابي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان يطلب المهر المعجل او لا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فمطالبة احدهما لا يسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه المانعة منه نفسها وهذا لذلك وانما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا او كرها فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين النفقة وغيرها فما وجه حرمانها عنها فالجواب انا لا نسلم انها لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور **وقوله** بخلاف ما اذا امتنعت متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي لا توطأ فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير الى الحالة

التي تتعلق بالجماع لان العجز عن الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة وهو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع ولا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت وتجب النفقة واجيب بان الدواعي غير فائتة بان يجامعها فيما دون الفرج [illegible] بخلاف الصغيرة لما ذكرنا [illegible] كانت الصغيرة مشتهاة [illegible] فيما دون الفرج تجب النفقة وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان [illegible] بسبب الحاجة [illegible] والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يقابله [illegible] العقد [illegible] هو المهر [illegible] النفقة واذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان عن معوض واحد [illegible] النفقة [illegible] الزوج [illegible] ولم يكن لها [illegible] كما لو كانت صغيرة [illegible] لا نفقة لها [illegible] كما في [illegible] بالعقد وقع [illegible] **وقوله** [illegible] النفقة [illegible] ظاهر وقوله [illegible] على الاول [illegible] ظاهر الرواية [illegible] لا نفقة [illegible] فيما مضى وقوله لان فوات الاحتباس [illegible] النفقة عوض عن الاحتباس [illegible] فاذا كان الفوات لمعنى من جهته [illegible] الاحتباس [illegible] فوات لا لمعنى من جهته [illegible] الاحتباس [illegible] النفقة وقوله [illegible] الزوج لا تجب النفقة [illegible] الاحتباس [illegible] النفقة لان [illegible] العوض [illegible] هو المحبة عليه وقوله [illegible] الزوج [illegible] ذكرنا [illegible] على ما سبق [illegible] في منزل الزوج [illegible] الى [illegible]

قال ويفرض على الزوج النفقة [illegible] قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا [illegible] [illegible] وذكر وجهه [illegible] ظاهر [illegible] في الخادم [illegible] النفقة على الزوج [illegible] الخادم [illegible] القاضي [illegible] من [illegible] ذكرنا [illegible] ظاهر وقوله [illegible] الزوج الموسر [illegible] نفقة [illegible] **وقوله** [illegible] الزكوة [illegible] [illegible] الزوج [illegible] الزوج اذا كان معسرا [illegible] النفقة لانه [illegible] المعسر [illegible] امرأته لم يفرق بينهما [illegible] وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن [illegible] القاضي [illegible] **قال** [illegible] النفقة [illegible] الثاني [illegible] النفقة [illegible] القاضي [illegible] النفقة [illegible] من [illegible] النفقة انما يكون [illegible]

وهو نائم في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جواز ذهابه عن التابع فان قيل لا فائدة في الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه اجاب بان فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض انما يمكنها احالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي فكانت المطالبة لها دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقة فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي يفرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه فصل مجتهد فيه ما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا ينفذ قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا للعجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار **وقوله** وما قضي به جواب عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لانه نقض القضاء الاول ولعدم ما قضى بقدر النفقة لم يجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا وبعد يوما لكن تواجب لا يكون الا دائما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها وكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان ما لا يكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير وكذلك حكم عكس هذه المسئلة قوله واذا مضت ظاهر وقوله على ما مر من قبل يريد به قوله لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن العقد لكن لم لا يجوز ان تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما ملك العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب بانها صلة من وجه وما هذا شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا يوجب الملك الا مؤكدا بالقبض والتراضي في هذا بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم يسقط بموت احدهما لان القاضي لما امر بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدانت بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا استدانت بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا استدانت بامر القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من سقوط ما لم يتاكد جواز سقوط المؤكد اجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذا كذلك فعلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت فان في الايضاح انها وان صارت دينا عليه ولكن معنى الصلة لم تبطل عنه والصلة تبطل بالموت قبل القبض وقوله وقال الشافعي ظاهر **وقوله** وجوابه قد بيناه اشار الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع

قال وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجلها نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد تحتسب لها بنفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا عجلت النفقة الواجبة في الحال لا تسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر **وقوله** واذا تزوج العبد حرة ظاهر قال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا وليس في شيء من ديون العبد ما يباع مرة بعد اخرى الا النفقة وهذا لان النفقة تتجدد وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة لو

المولى بني هو لغوات محل الاستيفاء وكذا اذا اقبل وقوله في الصحيح احترازا عن قول الكرخي انها تكون في قيمته قال الشيخ ابو
الحسن القدوري في الصحيح ان تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة
لمعنى في دين لم يسقط بالموت لانه دين يسقط به اولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى والنفقة فيما يتعلق
بالكسب وان تزوج الحر امة فبوأها ظاهر وقوله فلا نفقة لها لعدم الاحتباس قيل عليه الاحتباس من المولى حق له
شرعا فكان كالاحتباس للحرة لاجل صداقها فينبغي ان لا يسقط من قبل الزوج واجيب بان الحرة اذا حبست نفسها
لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج وقوله والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقريره لما بوأها مرة يجب عليه
ان يمضي على ذلك ولا يستخدمها بالاستخدام وتقرير الجواب التبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق
حيث قال اذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح وقوله ولو
خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها ظاهر وام الولد في هذا اي عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة
ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج الى التبوئة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم
ملكها الصغيرة وتنفرد باخص منفعتها وبمنافعها بعقد الكتابة ولم تبق للمولى ولانه لا استخدام فكانت كالحرة والله اعلم

فصل لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في
دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى
مقرونا بالنفقة حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا
عليهن من وجدكم واذا اوجب السكنى حقا لها فليس له ان يشرك غيرها فيها لانها تتضرر به فانها لا تأمن على نفسها وعلى
متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح **وقوله** وهو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل
الرازي فانه يقول لا تمنع المحارم من الزيارة في كل جمعة واذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية وطلبت
الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة وولده الصغار والديه وان لم يعترف به الرجل ولكن علم
القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها
من غير رضاه لحديث هند امراة ابي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فان اقراره ههنا اتفق اولا
من اقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر احد الامرين
من الزوجية فالوديعة لا تقبل بينة المراة فيه اي في احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع
ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمراة ليست بخصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت عليه الحق باقراره
على نفسه تعدى الى الغائب لكونهما اثر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا احضر صاحب الدين
غريما للغائب او مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغائب فان القاضي لا يامر بقضاء دينه من الوديعة
والدين واجيب بان امر القاضي في حق الغائب انما هو للنظر له وفي الامر بالانفاق على المراة ذلك ابقاء لملكه وليس
في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يامر المودع بالانفاق عليها
بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله اولى وكذا اذا كان المال في يد مضاربه لانه امانة من وجه
وكذا اذا كان دينا **وقوله** وهذا اي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها
في النفقة دراهم او دنانير او طعاما او كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا
تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلا يباع على الحاضر لان
البيع عنده انما يكون بطريق الحجر والحجر على العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بطريق الاولى واما عندهما
ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع فلا يقضي على الغائب لعدم ذلك **قال**
وياخذ منها كفيلا نظرا للغائب من عنده المال اذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضي فيحلفها انها ما استوفت
النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها فان

انفق

فان انفق ذلك كان الزوج مخيرا ان شاء اخذ من المراة وان شاء من الكفيل وكلامه واضح ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا
لهؤلاء يعني زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه اما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات
فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب وقوله لانه مجتهد فيه قيل لان الشافعي لا يوجب النفقة لغير
الوالدين والمولودين وفيه نظر سياتي وقوله ولو لم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي بذلك
وقوله ولو لم الرجل مقر ابدا متصل بقوله يعترف به وبالزوجية وقوله فاقامت البينة على الزوجية يعني في
الصورتين اذا كان ثمة وديعة ولكن يكون الزوجية او لم يكن لم يفرض القاضي نفقة فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم
القاضي بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله في هذه المسألة اقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها من تلك الاقاويل ما
ذكروه من قولهم اذا جحد المديون او المودع الزوجية بينهما والمال في يده فقد كان ابو حنيفة يقول اولا تقبل
بينتها على الزوجية ثم قال لا تقبل بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المراة من القاضي
ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويامرها بالاستدانة لم يجب الى شيء من ذلك لان هذا قضاء
على الغائب وهذا اقول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما واما قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى ذلك
وهو المذكور في الكتاب وان كان للغائب دين او وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة
والنكاح فالقاضي يامر اولا بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا والنظر للغائب في البداءة بالوديعة
لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين

فصل لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حالة
قيام النكاح بينهما بعد المفارقة واذا طلق امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال
الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج ثلاثا او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت حاملا اما
الرجعي فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي كما تقدم واما البائن فوجه قوله ما روي عن
فاطمة بنت قيس الخ رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقوله الا اذا عرفناه اي وجوب
نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه في المطلقات اخر الآية
وهو قوله حتى يضعن حملهن والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل وقوله وصار كما اذا كانت حاملا
اعترض عليه بان الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة واجيب بان
الفائدة دفع الاشتباه وبيانه ان الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء وكان يسبق به ان الحامل ايضا تستحق ذلك القدر
وزيادة فدفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن **وقوله** ولا بدع كان ربنا يزيد به
بيان العلة والعقد الصحيح قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك ان الوجد هو السعة
والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به اما الاسكان فانه قد يملك اسكانها في غير ملك حيث يسكن هو ولا يملك
الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله اعلم ما تلاه ابن مسعود وانفقوا عليهن من وجدكم وقوله سنة
نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت
في العدة وقوله وردها ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة زوج فاطمة الراوية فان اسامة اذا سمعها
تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده وقالت عائشة تلك المراة فتنت العالم اي بروايتها هذا الحديث
وقوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل
ابن الزوج فلا نفقة لها الا انها لو تعرض للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها
فلا تسقط بمعصيتها اما النفقة فواجبة لها فتسقط ذلك بمعصية من قبلها واما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام
في مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت المعتدة واما اذا اعتدت ولم
تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت
ابن زوجها من نفسها فلها النفقة والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في النهاية وهذا الذي ذكرنا

كله في الطلاق البائن والطلقات وأما المعتدة بالطلاق الرجعي إذا وطئها الزوج أو قبلها بشهوة وهي مطاوعة وارتدت جنبت أو لم تجنب فلا نفقة لها لأن الطلاق الرجعي لا تقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الأولاد نفقة الأولاد الصغار على الأب خاصة لا يشاركه فيها أحد في ظاهر الرواية فقد روي عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم أثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فإنه في وجه الاستدلال أن رزق الوالدات لما وجب على الأب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليهن كان لسبب الولاد لأن الحكم ترتب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم أن علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز أن يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب أن العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة إذ هو السبب الحاصل بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس سبب يفضي إليه فيجوز إضافة الحكم إليه قبل عتق الولاد فأخذ نصاب الحكم إليه ويجوز أن يقال الاستدلال بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقدير الطريق وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لأن كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة بهما وإذا انتفى الاشتراك فإما أن يثبت على الأب أو على غيره لا سبيل إلى الثاني فتعين الأول وإن كان الصغير رضيعا فليس على الأم أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة فكما أنه تجب عليه نفقته إذا فطم يجب عليه أن يستأجر من يرضعه إذا وجدت ولأنها قد لا تقدر على الإرضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بإلزامها الإرضاع مع كراهتها فإن قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين قلت إن كان معناه الإخبار عن فعلهن حتى فعلن فلا يحتاج إلى الجواب وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولا على الندب أو الوجوب إذا لم يوجد من ترضعه تجبر على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع أو هو محمول على الوجوب عليها ديانة حتى لا يجوز استئجارها على الإرضاع إذا كانت في عصمته أو عدته على ما ذكره في الكتاب واستدرك به فإن قيل إذا كان بمعنى الأمر وجب أن يتناول المطلقة المنكوحة والمبانة قلت إن قوله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن في المطلقات وأوجب إيتاء أجورهن عند الإرضاع فلو كان قوله يرضعن على الإطلاق لوجب الإرضاع على المطلقات وفي ذلك إبطال العمل بأحد النصين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية والمبتوتة في رواية إذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الإمكان وكلامه واضح ونفقة الصغيرة واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه فإن أسلم الابن بنفسه والأب كافر أو على العكس لما أن إسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما تجب نفقة الزوجة وإن خالفته في دينه أما الولد فلأنا ما تلونا يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية ولأنه جزء فيكون في معنى نفسه وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه يقتضي وجوب النفقة بإزاء الاحتباس الثابت به أي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فيجب النفقة فإن قيل سلمنا أن السبب موجود لكن لم لا يجوز أن يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الإرث فالجواب أن ما كان بسبب العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس بسبب العقد وإنما هو بناء على الولاية والكفر ينافيها وأقول لو استدل على نفقة الزوجة أيضا بإطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الآية كان أشمل لما أنه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج إلى دفع ما يتوهم كلامه من التردد في سبب النفقة فإنه جعله هنا العقد الصحيح وجعله في قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله في جميع ما ذكرنا أي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته إنما تجب على الأب

اذا لم

إذا لم يكن للصغير مال وتنكيره مال ليشير إلى عمومه لوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا أو ثيابا قال في الذخيرة إذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتيج إلى ذلك للنفقة كان للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لأن الأصل في نفقة الإنسان أن يكون في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا واعترض بأن نفقة المرأة على زوجها وإن كان لها مال فالأصل منقوض والجواب أن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية وقد تحقق في نفقة المرأة أمر ضروري فتغير وذلك لأن نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه أما الأبوان فلقوله وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه حمنة يا سعد بلغني أنك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع إلى ما كنت عليه وكان أحب ولدها إليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل بظل ثلاثة أيام حتى غشي عليها فأتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكى إليه فنزلت هذه الآية وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك من كان سببا له في تلك العيشة يموت من الجوع وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا وكلامه واضح **وقوله** لما تلونا أراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف هنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أو لا قال شمس الأئمة إذا كان الأب كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الابن وقال شمس الأئمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقراء والحاجة وهي تندفع عنده القدرة على الكسب وشمس الأئمة السرخسي يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد والوالد فإن الولد البالغ إذا كان قادرا على الكسب لا تجب على الأب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت عليه حاجة ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرهما كشهوة الفرج فإن للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرطنا هنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاقه نفقة على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر وقوله لأنا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا قال الله تعالى إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فإنه بإطلاقه يوجب النفقة للوالدين وإن كانا حربيين وأجيب بأن العمل بإطلاقه يفضي إلى التعارض المفضي إلى الترك فيحمل ذلك على أهل الذمة وهذا على أهل الحرب وقوله ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم من فروع قوله ولا تجب النفقة على أهل الذمة وهذه على أهل الحرب مع اختلاف الدين مستحسنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بأن النفقة متعلقة بالإرث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله دوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فإن حرمان النفقة قد يفضي إلى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى ولأن الإنفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكما ولا شك في أن الإحياء الحقيقي أعلى والجواب أن الحاجة إلى النفقة تندفع من غيره بأن يتناول الناس أو يبره أحد من غير سؤال فإن الهلاك جوعا في العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر وأما الحاجة إلى الإعتاق فإنها لا تندفع إلا من جانبه وأما كون الإحياء الحقيقي أعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعين جهته من جانبه لما قلنا

قال ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص وهو

قوله صلى الله عليه وسلم انت وما لك لابيك فكانا غنيين بماله والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل انما ثبت
ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاقه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور يجوز به
الزيادة سلمنا انه من الاحاد لكن ترك اطلاق وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدلائل الدالة على
تقييدها بالعسر فزائدة الولاد المستندة الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن لانه كما تقدم فان قلت لا منافاة
بين الاثنين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضي ان يشاركه الجد للاب كما ان قوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك تقتضيه قلت لما ثبت للوالد التأويل في مال الولد بالاجماع ما ذكرنا به والغني لا تجب نفقته على والده
فلا يشاركه الجد الاب وقوله ولانه اقرب الناس اليهما اي الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى
لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب فهو اولى بالاستحقاق له وعليه وهي على الذكور
والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكر والانثى اثلاثا للذكر مثل
حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما
وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التأويل وحق الملك لما في مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم انت
وما لك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا اثبت لها هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة
وان البعد من الوارث فقوله وهو الصحيح احتراز عن رواية الحسن وقوله والنفقة لكل ذي رحم محرم منه اذا
كان تحت وقت اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل مناكحته على التأبيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة
بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل
بينهما كونه ذا رحم محرم منه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك الاشارة الى البعيد فيكون
اشارة الى اول الاية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة
وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته
كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ولا بد من الحاجة لاستحقاقها فالصغير والصفات المذكورة من
الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل ما بال الابوين لم
يعتبرا غنيين بقدرتهما على الكسب اجاب بقوله بخلاف الابوين الى اخره وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وهو
ظاهر الرواية وقد قدمنا **وقوله** تجب ذلك يعني النفقة على قدر الميراث ويجبر عليه اي على
الانفاق اما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار
لان ترتيب الحكم على المشتق يكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدره وعلى هذا لو اوصى لورثته فلان
وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان للرجل زمنا معسرا وله ابن معسر له
صغير او كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقين موسرين فنفقة الرجل على ابنه لاب وام وعلى ابنه لا مرابدا
تجب ميراثهما فاما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وام خاصة لان ميراث الولد عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب
وام فلا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان يكون محتاجا يجعل معدوما ويكون النفقة بعدهم على
من يكون وارثا بحسب الميراث فاذا كان الولد ابنه كان نفقة الابن والاب على الاخ من الاب والام خاصة
اما نفقة الابن فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث هاهنا الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب والام يرث
مع الابنة والاخ لام لا يرث معهما فلا حاجة ان يجعل البنت كالمعدوم ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها
بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد من ان يجعل كالمعدوم واذا جعل لذلك فميراث
الاب يكون بين الاخ لاب وام والاخ لام اسداسا فالنفقة عليهم تجب كذلك وهذا كله اذا كان الميراث
فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن
عم موسر فالنفقة على ذي الرحم الذي لم يرث لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه وان

الم

وابن العم الذي يحرز الميراث لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على
ما سنذكره في الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب ان تجب النفقة على ابن العم لكونه
وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقق قرابة
ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فيجب عليه والله اعلم
قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن الخ ظاهر وقوله ووجه الفرق يعني بين نفقة
الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجبت
ثلثاها على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه
صدقة فطره فكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه فلذا في النفقة على الصغير واما الكبير فليس
للاب عليه ولاية لبلوغه وكان كسائر المحارم فنفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما اثلاثا فلذلك نفقته
وقوله اخماسا على قدر الميراث يعني ثلاثة الاخماس من الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام
بالفرض والرد وكذلك النفقة على هذا التفصيل وقوله غير ان المعتبر استثناء من عموم قوله وفي غير الوالد
يعتبر على قدر الميراث والمراد بالاهلية الارث هو ان لا يكون محروما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر
اهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعني فهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال
وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله
ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع الى قوله المعتبر اهلية الارث وقوله ولا بد من اعتباره اي الاعتبار
الارث بان يكون اهلا لا محرزا ولهذا قلنا لا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا عكسه وقوله ولا تجب على
الفقير ظاهر وقوله بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته او بما يفضل
على ذلك من كسبه الدائر اذا كان معتملا ينفق من كسب يده وقوله والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدر
بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح
لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونه مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط
لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكوة فلان لا يشترط هاهنا وهي مؤنة من كل وجه اولى وفي خلاصة
الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف لا يشترط نصاب الزكوة ثم قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد
في الفتاوى الصغرى ان فضل منه درهم لا يجب وان كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقوله
وقد بينا الوجه فيه يريد ما تقدم من قوله ولا يقضى بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء الى قوله ولهذا كان لهم
ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله واذا باع ابويه متاعه ظاهر وقوله وكذا لا يملك الام
في النفقة مخالف لما ذكر في الاقضية وما ذكره القدوري من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسألة روايتا
في رواية الاقضية والقدوري ما ولان الاب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث
ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر وقوله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب اعترض عليه بانه لذلك
لكن الفرض انه يبيعه للنفقة وانما صح بيعه اذ لو كان قصده البيع للحفظ واجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة يقصد
الانفاق لا يعتبر تلك الحقيقة اذ لا تاثير للعزيمة في تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول
الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان
لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله لانه ملكه بالضمان يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان
فظهر انه كان متبرعا بما له نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى القاضي يعني لها لا تسقط بمضي المدة
لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا لا تجب مع يسارها فلا يسقط بحصول الاستغناء فيما مضى
وقوله الا ان ياذن القاضي بالاستدانة عليه استثناء من قوله قضت مدة سقطت ومعناه اذا اذن القاضي

بذلك وإذا تذكرت أن نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الأقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة أن القاضي
إذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الأقارب حسب
به وأن القاضي إذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه أن يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك في الأقارب
وجب عليه أن يكسوهم **قال** جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخرج عن الجمع
وهو مجرد ظاهر مذهب أصحابنا أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق وأما في الدواب فيفتى فيما
بينه وبين الله تعالى بالإنفاق عليها وفي غير الدواب كالدور والعقار فإنه لا يفتى به أيضا إلا أنه إذا كان فيه
تضييع المال كان ترك الإنفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في أن المولى إذا امتنع عن
الإنفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك والزوج إذا عجز عن الإنفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الإجبار
على البيع زوال ملك المولى إلى خلف وهو الثمن وفي عدمه إبطال حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لأن نفقة المملوك
لا تصير دينا على المولى بحال من الأحوال وأما في النكاح ففي الإجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه
حق المرأة في الحال إلى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تأخيرا وقوله على ما ذكرنا إشارة إلى
قوله بخلاف نفقة الأزواج إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا يسقط فكان الضرر ونفقتها بقضاء القاضي
دينا على الزوج فكان تأخيرا وقوله على ما ذكرنا إشارة إلى قوله بخلاف نفقة الأزواج إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع
يسارها فلا يسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد فكان بالدفع أولى وعن أبي يوسف أنه يجبر فهو قول الشافعي
وقاسه على الرقيق والأصح ما قلنا يعني من عدم الجبر لأن إجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له
من له وهو من أهل الاستحقاق وهذا الوجه في الرقيق لكونه من أن يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة ألا ترى
أنه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وإن كان مملوكا فأما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح أن يكون مقضيا
له فانعدم شرط القضاء فيتقدم القضاء

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبة له في أنه إسقاط مبني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصادف
إعتاق البعض كإعتاق الكل إما إفادة في الملك أو تخصيصا العتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه
أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات إلى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية
والقضاء وأسبابه كثيرة منها الإعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال
يد الكافر كما إذا اشترى الحربي في داره عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فإنه يعتق في قول أبي حنيفة ومنها
الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا ملك اليمين وركنه ما يثبت به
العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك على الخلاف وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف إلى ما
بعد الموت وكل منها إما ببدل أو بغيره وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها قوله شرط الحرية لأن العتق فهو نوعان
يعني الإعتاق لأنه قال والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل
على أن مراده بالعتق الإعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك أيضا لأن المجنون ليس بأهل
للتصرف فإن الإعتاق تصرف لا العتق وقوله ولهذا أي ولكون البلوغ والعقل شرطا إذا قال البالغ أعتقت
وأنا صبي فالقول قوله لأنه لما أسنده إلى حالة واحدة منافية للإعتاق كان إنكارا منه للإعتاق والقول قول المنكر
وقوله لأنه ليس بأهل القول ملزم يعني لأن الصبي يوجب الحجر عن الأقوال فإن قيل لا نسلم ذلك بل هو أهله ألا ترى
أن صبيا لو أقر بالدين لزمه حتى لو ادعى البلوغ حرمته لا تسمع دعواه أجيب بأن الملازمة ثمة هو بعد صاحب الدين وإقرار
مؤكدة وقوله وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر قال في المبسوط الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية
فالصريح لفظ العتق والولاء سوى ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء أما صيغة الخبر فأن
يقول قد أعتقتك أو حررتك وأما صيغة الوصف فأن يقول أنت حر أو أنت عتيق وأما النداء فإنه يقول

باحر

يا حر يا عتيق ولذلك لو قال لعبده هذا مولاي إلى آخره وقوله وسنقرره من بعد أراد به قوله في مسألة
يا ابني على ما يجيء وقوله إلا إذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر قوله وكذا إذا كان عنده يعني بأن ناداه بقوله
يا حر وكان لقبه إذا أراد وقوله فيعتبر إخبارا عن الوصف قيل فيه نظر لأنه إذا لم يكن حرا علما له كان قوله يا حر إنشاء للحرية
لا إخبارا عن الوصف وأجيب بأنه إذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والنداء
في الحقيقة خبر عن الموصوف الموصوف فكان النداء إخبارا بأن المنادى موصوف بهذه الصفة وقوله وبيانه
الاختلاف فيه يرد الاختلاف في تجزئ الإعتاق على ما نذكره وقوله وقد بيناه يعني في الطلاق وقوله وكذا إذا
قال لأمته قد أطلقتك يعني إذا نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الإرسال تخلية السبيل بخلاف قوله
طلقتك فإنها لا تعتق لأنه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه وقوله لأن السلطان
عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي لليد وكأنه
قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله
لا سبيل لي عليك لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك لأنه طريق إلى إنفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بأن
قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فإن قيل زوال اليد إما أن يكون ملزوما لزوال الملك أو لا فإن
كان الأول فليكن مجازا لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم وإن كان الثاني فليكن كناية لأن الكناية ذكر
اللازم وإرادة الملزوم فالجواب أنه ليس بملزوم له لأن الملك لا ينفك عنه كما في المكاتب على ما ذكرناه ولا بلازم
له لانفكاك زوال الملك عنه فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم والإباق إلى أن يتكلم وقوله لأن للمولى على المكاتب
سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى إذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق **قال** ولو قال هذا
ابني ومن قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني وثبت على ذلك ثبت النسب وعتق
عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا في شروح الفقه وروي عن أبي الفضل حتى لو ادعى ذلك
صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقي قوله لأن ولاية الدعوة
بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب لأنه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه وإذا ثبت عتق لاستناد النسب إلى وقت
العلوق وإن كان له نسب معروف لم يثبت النسب لكنه يعتق إعمالا للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة ووجه
تجوز المجاز لو قال هذا مولاي ظاهر وقيل ما ذكره المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو مستعمل
في ثلاثة وعشرين معنى ذكرها ابن الأثير منها مجيئه بمعنى الناصر كما في قوله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن
الكافرين لا مولى لهم وأما معنى ابن العم فكما في قوله تعالى وإني خفت الموالي من ورائي **وقوله** والثاني نوع
مجاز بمعنى الموالاة في الدين لأن المولى مشتق من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة
لا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا أجاز نفيه كذا في بعض الشروح وبحثه
الغرض والتقدير وقوله فالتحق بالصريح يعني بدلالة الحال وهو كونه عبدا وقوله وأما الثاني يعني به قوله
يا مولاي وقوله خلاف ما ذكر يعني قوله يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه وهو الولاء
وهو المقتضي سابقة العتق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فإن معناه يا من له السيادة والملك عليه ولم يثبت
به شيء يختص بالعتق فيحمل على الحال وهو الإكرام والتلطف **قال** ولو قال يا ابني أو يا أخي لم
يعتق فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق به دونهما لأن النداء إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته
كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر فإنه قادر على إثبات
صفة الحرية فيه من جهته في الحال على ما بينا يعني في قوله لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى
إلى آخره وإذا كان بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف لتعذره والبنوة
لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء وكان لمجرد الإعلام

هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق فيهما اي قوله يا ابني ويا اخي والحاصل ان العتق بالنداء
بثلثة الفاظ في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يا مولاي وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلثة المذكورة وبقوله
يا ابني يا اخي والاعتماد على الظاهر وقوله ولو قال يا ابني ظاهر وان قال لغلام لا يولد
مثله لمثله اذا قال لعبده وهو اكبر سنا هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول ابي حنيفة اولا
وهو قول الشافعي واصل هذه المسألة ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة على
ما عرف في الاصول وقد قررناه في التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا
فان الحقيقة فيه متصورة لامكان ان يكون المخلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال اعتقتك
قبل ان تخلق او اخلق وقال تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة
ليست بمحل البيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدا وخبر وهو ملزوم لقوله
هذا حر من حين ملكته لان البنوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم
هو المجاز فصار كانه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا للكلام محلا
ما استشهدا به على بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان اخلق ملزوما للقول انت حر من حين
ملكتك لان الاول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي وروده عليه والتي لا يكون ملزوما لما ينافيه
والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما
صحيحتين جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو محال مجوزا للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا
لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطا سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن
قوله علي خمسة الاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه ان القطع خطا بل لما خالط المال
المطلق في الوصف وهو الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين بلفظ التنبيه لذاته في النهاية وذلك المال
الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس
بمسبب وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فلغوا اما الحقيقة فظاهر واما المجاز
فلان قطع اليد خطا ملزوم للارش كذلك قوله اما الحرية لا تختلف معناها المراد التي جعلنا قوله هذا ابني
وهي الحرية من حين ملكته مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة
والولايات كلها فامكن جعله اي جعل قوله هذا ابني مجازا عنه اي عن الحرية على ما ذكرنا العتق او المذكور
ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف وهو الاظهر وقوله لما بينا يعني من
الوجهين الجانبين في قوله هذا ابني ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف والوجه
ما تقدم وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك بنوة او حرية الا بواسطة وهو
الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى ان الواسطة لو كانت
مذكورة مثل ان يقول هذا جدي ابو ابي عتق وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة والبنوة لان
لهما موجبا في الملك بلا واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه اما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة
في المملوك سبب الحرية الى آخره فكذلك ههنا الاخوة في المملوك توجب العتق واما وجه رواية عدم
العتق فقوله في مسألة الجد لان هذا الكلام لا يوجب في الملك الا بواسطة وكذلك ههنا الاخوة لا تكون
الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عن مجاورة في صلب او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولانه
لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره
مطلقا بان قال هذا اخي لابي او لامي فيعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشتركة قد يراد بها

الاخوة

الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى
والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا
تختلف بين نسب ورضاع فكيف ثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز
والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده هذه ابنتي فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو اي عدم العتق
بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى لان الذكور والاناث من بني ادم جنسان مختلفان واذا
لم يكن المشار اليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى ههنا معدوم فلا
يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما قوله وان قال لامته انت طالق
او بائن او تخمري الى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا اثبت الاحكام
مثل الاهلية والولاية والشهادة فانى يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب الاعتاق
ايضا اسقاط لكن يصحة التعليق فيهما واما الاحكام فثبت بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه
ادميا مكلفا غير ان الاعتاق ازال المانع فاستوى الاعتاق والطلاق .. ولهذا اي
ولكون العتق محتمل لفظه يصلح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة
والتي لا يناسب شيئا الا والتي الاخر يناسبه واما قال على ما قاله مشايخهم لان المنصوص عن
الشافعي لفظة الطلاق مجيب واصحابه فالحقوا عليها سائر الالفاظ الصريح والكناية ولنا انه نوى ما
لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق اثبات القوة ماخوذ من قولهم
عتق الطير اذا قوي وطار عن وكره وفي الشرع ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق
يحيى فيقدر والطلاق في اللغة رفع القيد ماخوذ من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا حللته وفي
عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق بل تقع وكذا هو في الشرع لان المنكوحة
لم تزل مالكة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات
القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولا خفاء ان الاولى
للادمي لا يصلح ان يكون مستفادا للاعلى ما بينا كر ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك قد يستلزم
ملك المتعة اصلا وكل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لا عما فوقه وقد
لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزوم ومتى مختلفين في الحقيقة
هو في احدهما اقوى منه في الاخر واثبت تريد الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فيدعى
انه ملزوم والاضعف من جنس ملزوم الاقوى ويطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عبدك شجاعا وانت
تريد يلحق جراته وقوته جراة الاسد وقوته فيدعي الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى
انما يكون باطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا المعلوم بان ازالة ملك
اليمين اقوى ظهر ذلك جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق دون عكسه والفرق بين التعليلين المذكور
في الكتاب ان في الاول منع المناسبة واظهار السنة فان الاعتاق اثبات والطلاق دفع فانى
يتناسبا وفي الثاني تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى وهو ينافي الاستعارة وقوله
واذا قال لعبده انت مثل الحر اطلاقه يشير الى انه نوى العتق او لم ينو لم يعتق وذكر في المبسوط لم
يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك
في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك .. عرفا يجوز ان يراد به العرف العام فان
العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة
كحلم او حفظ او جود او غيرها ويجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه

في الاتحاد بالحقيقة وقوله ولو قال ما انت الا حر الى آخره ظاهر
لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي
يحصل بغير اختيار كالارث قرابة وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل
وعاء الولد في بطن امه ثم سميت به القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي
لا يجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا والآخر انثى ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة وقال صلى الله عليه وسلم من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الحسن الا البتي واللفظ لعمومه يتناول كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا
وغيره فان قيل الضمير في مثله يعود الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار ابي سفيان فهو آمن وانما له
ولا يكون حجة اجيب بان قوله فهو حرا لو عاد الى من ملك ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه
يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل صح عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطفا بالفاء التي
للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التناقض ومحمله ان
مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه
واما ... له قوله والشافعي يخالفنا في غيره اي في غير الولاد واستدل بان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك
ينفيه القياس او لا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به غير وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه الا
بدلالة اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وهاهنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهيها
نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم
من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قرابة قريبة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما ملكه
ذلك فبالاجماع واما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم
هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لان اي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى
وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما ثبت ذلك من قبل بدليل
قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا الينا فاستدل به ولنا بما هاهنا وهو قوله هذه قرابة صينت
عن ادنى الذلين وهو ذل النكاح فلان يصان عن اعلاهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فتلك مكابرة تستدعي
تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعا على ان الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق كما يجيء فما دون
هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا فرق بين ان يكون المالك مسلما او كافرا وكذلك المملوك
لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان اوجبت العتق اوجبت باعتبار الصلة على ما اشار
اليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة
فلا توجب الاعتاق ايضا اجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة بقوله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فلذا ما نحن عليه وانما قال او كافرا في دار الاسلام لان
الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق فانه لو اعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل
عدم نفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتق لم ينفذ واما اذا
ملك ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل ان ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق ايضا لان الوقوع بالملك
انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام ايضا بالاستقراء الا انا تركنا هذا
الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق يصير اختيارا من كل وجه وهما ليسا من اهله لما عرف في موضعه
وكذا اذا اعتق المسلم عبده الحربي في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية ولهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام

في الكتاب

في الكتاب يتعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا الا المخصص تعلقه بقوله او
كافرا وقوله والمكاتب اذا اشترى اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد وتقريره
لا نسلم انه لا يتكاتب عليه بل قد روي عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا ولئن سلمنا فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب
ليس له ملك تام يقدر به على الاعتاق لانه عبد ما بقي عليه درهم وانما الحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة
ومن لا قدرة له على الاعتاق لا يعتق عليه لان فرض المسألة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة
الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كان مقصودا بالكتابة لكونه يتضرر
بالرق فكذلك رق الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا للمقصود العتق واما
واما حرية فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه او ابيه وقوله وهذا
بخلاف ما اذا ملك بنت عمه جواب نقض اجمالي تقريره لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من ملكه
لعتقت ابنة العم التي هي اخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد
بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وكذا هذا الجواب انما هو
لزيادة الايضاح لانه كان معلوما مما من اهله اصله دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية
وهذا الحكم كذلك والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع
منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق
وكان كالنفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق
من اهله مضافا الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه
الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين يعني للشيطان والصنم وقوله وعتق المكره والسكران
قد تقدم في الطلاق وان اضاف العتق الى ملك بان يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق
وان علق بشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط يجري فيه التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه
بيننا وبين الشافعي لوجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل التدبير وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان
دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول واذا
خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء
الله روى ابن عباس ان عبدين من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي صلى الله عليه وسلم ولانه احرز نفسه
وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وقيد بالابتداء لجواز عليه بقاء لانه في البقاء من الامور الحكمية
دون الحقيقية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها .. وان اعتق حاملا ظاهر واعترض
عليه بانه لو لم يعتق امة لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة واجيب بانه لما اعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على
ملكه فهبة الامة بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل
بالشرط بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط على ما يجيء وقوله واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز قيل عليه
سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد يكون من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل
العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان
كانت عاقلة تعقل العقد واجيب بان ذلك في صريح الشرط واما هاهنا فالمسألة مذكورة بكلمة على وكان ذلك
هنا وضعا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة
وفيه نظر لانه يقتضي انه اذا ذكر كلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتبار بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال
فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فالتوقف فيه مشروط بكونها من اهل القبول والحمل
ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل اهلا للخطاب وقبول الشرط واقدم على العتق كان قاصدا

للاعتاق بلا مال أو بمال حالة على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله على ما مر في الخلع قال في النهاية
هذه حوالة غير رائجة ويحتمل ان يكون مراده مسئلة في الجامع الصغير فان في شرحه فرق بين الخلع والاعتاق
بجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في معنى المراة في عدم
حصول شيء لهما بمقابلة المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد
قبله وكان في مقابلة شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع
على غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحبل واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله
منه أي من وقت العتق وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني
ان الاصل ان يعلق الولد من ماء صاحب الماء ولا معارض له فيه أي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه
لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين ترجح
جانب الام بامور منها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا
لما هو قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مالها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف
ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول أرجح لا محالة ومنها
ان الولد ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا اما حسا
فانه يتنفس بتنفسها ويتغذى بغذائها ويقرض بالمقراض عند انفصاله منها واما شرعا فانه يعتق بعتقها وقوله
والمنافاة متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره ان التعارض موجود لان المنافاة
متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فتثبت
المنافاة بخلاف الولد من المولى فان للمولى اي جانب اعتبر والزوج قد رضي به جواب عما يقال اذا رضي
برق الولد حيث أقدم على تزوج الامة اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها بضرر الاب والضرر
مدفوع شرعا وتقريره ان الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على تزوج الامة عالما بان الولد يرق به
وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في مرتبته
وقوله بخلاف ولد المغرور ظاهر وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فتبعها في
وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وانما اورد هذين اللفظين لتغايرهما من
حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه
فعلى هذا يكون قوله والتدبير وام الولد والكتابة كالتدبير لذلك

اخر عتق اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه

والمتفق عليه أولى بالتقديم واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض المقدر ويسعى في
بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق
وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني اذا كان المعتق واحدا او موسرا ان كان العبد مشتركا
واما اذا كان معسرا فملك الساكت باق كما كان حتى جاز له ان يبيع ويهب على ما يجيء وكل ما لا يتجزى اضافته
الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات
القول يتجزى او حكمه يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته
في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم
لا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك فقط وعندهما يوجب زواله عن الكل لهما ان الاعتاق
اثبات العتق عن قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها التي هي الرق لان المحل لا يخلو عن أحدهما فازالة أحدهما
توجب اثبات الاخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزى العتق

لانه اذا تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه وعلى كل من الاولين
يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق وصار الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص
والاستيلاد في عدم التجزي فان قيل قد تقدم ان الاعتاق عند الشافعي اسقاط كالطلاق فلم جعله
هاهنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتها على جهته فقال لهما ان الاعتاق
الى اخره ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف أو هو
أي الاعتاق ازالة الملك لا اثبات العتق بازالة الضد الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم
التجزي لان الملك حقه اي حق المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف ان يكون عبد الله تفسيرا
عبد عبده أو حق العامة لان القائمين كما يغتنمون غير الرقيق يغتنمونه وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية
المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره وهذا كما ترى بناء الكلام على أحد امرين كل منهما مستقل بافادة
المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك متجز فالاعتاق كذلك وانما قلنا انه اثبات العتق
بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكلما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف والاعتاق
لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على
الملك واما ان الملك متجز فكذلك بالاجماع لكنه تعلق به امر غير متجز وهو العتق وتعلقه بالامر يستلزم   امر غير متجز
تجزيته ولا تجزية عليه لجواز الصلوة فانه متجز تعلق بمتجز وهو الاركان وكذلك الطهارة امر غير متجز تعلق بمتجز
وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزيها ولا تجزية عليها وهي ارادة وهذا تقرير احد الامرين وتقرير
الامر الاخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق ازالة متجز وازالة المتجزي متجز وبيان ذلك ما ذكرناه
وهذا اسهل ماخذا اثره اذا تجزى الاعتاق بقي زوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فيجب عليه السعاية
والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده أي عند ابي حنيفة لان الاضافة اي اضافة الاعتاق الى البعض توجب
ثبوت المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل
باعتاق الرق فانه لا يتجزى فقد اجتمع في العبد مما يوجب ثبوت المالكية في الحال وما يوجب بقاء الملك
في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك
رقبة كالمستسعى ويجوز ان يكون معناه اذ هو اي معتق البعض مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب
ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه
يمنعه كما هو قول ابي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب
كانت السعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق فان قيل لو كان
بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز اجاب بقوله غير انه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى احد والاسقاط
لا الى احد ليس فيه معنى المعاوضة لانه انما يتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة لا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة
المقصودة فانها اسقاط من المولى الى المكاتب اقتدارا على تحصيل بدل الكتابة وكان فيها معنى المعاوضة
فيقال بفسخ وفي بعض النسخ لانه اسقاط لا الى احد يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى احد وهو
وقت اداء البدل.. وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة جواب عن قولهم وصار كالطلاق
والعفو والقصاص ووجهه انا لم نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين بوجوب حالة متوسطة بين الحرية
والرق وهي الكتابة بصار البقاء وليس في الطلاق والعفو ذلك فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد
فهو متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل
لو كان الاستيلاد متجزيا لاقتصر في القنة ايضا اجاب بانه انما لم يتجز لان المستولد للامة يملك نصيب صاحبه بالاستناد
ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كانه استولد جارية نفسه لان الاستيلاد عنده غير متجز   واذا

كان العبد بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه عتق وكلامه واضح ونوقش ههنا في لفظه وهي أن ابا حنيفة لا يثبت
عنده شيء من العتق فاوجد صحة قوله عتق واجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق أو زوال ملك الشريك مع بقاء
الرق في كل العبد وقوله فالولاء بينهما يشير الى ان الاختلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق أحدهما بمال واعتاق
الآخر بلا مال وبه لا يمنع ثبوت الولاء جميعا وقوله كما في الثاني يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية قوله صلى الله عليه
وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر والقياس في أحد الامرين اما وجوب
الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا لاتلافه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بانه يتعذر عليه استدامة
ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان وان تعدى
ضرر تصرفه الى ملك الغير لمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو احرق على المعتق في حال لانه متصرف في نصيب نفسه
والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير لمن سقى أرضه فنزت
أرض جاره أو احرق الحصائد في ارضه فاحترق شيء من ملك جاره ولكنا تركنا القياس بالحديث المروي رواه نافع
عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة ووجه الاستدلال لانه قسم والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة على
ما ذكره في الكتاب ظاهر **وقوله** لما قلنا يريد به قوله ولانه احتبس مالية نصيبه وقوله الا ان العبد
فقير فيستسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون
فانه يرجع على الراهن بما سعى واجيب بان غرم المعتق يمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك يمنعه
للعبد والعبد انما سعى في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد بخلاف المرهون فان
سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من
غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن فان قيل ما ذكر من وجه ابي حنيفة فانما
هو قياس في مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط لانه صلى الله عليه
وسلم علق الاستسعاء بعسر المعتق وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضي الوجود
ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك
على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة وقوله ثم المعتبر يسار اليسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر
لا يسار الغنى وهو ملك النصاب هذا ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن
والحسن قد روى استثناءه ويعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق وكذا حال المعتق في يساره واعساره
فان قال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه نظر الى يوم ظهور العتق كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع
الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفي ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك
قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود **وقوله** لان له اي بيسار
العتق تتبدل النظر من الجانبين من جانب المعتق والساكت تحقق ما قصده المعتق من القربة واتصال بدل
حق الساكت اليه وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي وذلك انما يحصل بايصال
حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال يمكن من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه فلا معنى
للعدول الى غيره وقوله ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسألة مبنية على حرفين اي اصلين
فبقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يتجزأ كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين
جميعا وليس مانع عن السعاية لوجوب عليه الضمان انتفى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية
عليه حالة للاصل الثاني فلو رجع لكانت عليه السعاية والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج
على قوله فخيار الاعتاق للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه في الباقي قائما فجاز
اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى

الاعتاق

الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل ان يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين اما على
الاصل الثاني فظاهر واما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له
والجواب ان الحرفين مبنى المسألة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما
معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا نقول ان التجزي اذا لم يوجب الضمان من حيث هو تجزي يوجبه
من جهة اخرى وهو افساد النصيب او كان معتمدا عليه في الجملة وقوله والاستسعاء معطوف على قوله
والتضمين وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولانه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل
الثاني ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك اي اخذ
القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة
كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه ملكه باداء الضمان فصار كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان
يعتق الباقي او يستسعي ان شاء وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف
قبل ذلك وتقديره ان ذلك ضمني والضمنيات لا يعتبر **وقوله** الولاء للمعتق في هذا الوجه يعني اذا ضمن
المعتق وهو ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله ولا يرجع المستسعي على المعتق
ظاهر وقد مناه جوابا للسؤال وقوله وقول الشافعي في الموسر يسار لموضع خلاف الشافعي فانه ذكر في اول
الباب مطلقا فاحتاج الى ان بينه ههنا وقوله ولا راضيا به اي بالاعتاق لان الرضى انما يتحقق بعد العلم والمولى
منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما فلا يكون راضيا وقوله فتعين ما عينا يعني عتق ما عتق ورق ما رق
وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر في وجوده الى الجناية كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان
الراهن معسرا لانه مبني على الاحتباس المالية وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا
يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصل من اعتاق البعض والضعف الساكت لها بحجر البيع وامثاله
في شخص واحد **قال** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه كلامه واضح الا ما نبينه علمه قوله
بالعتق اي بالاعتاق وقوله بزعمه اي في زعم كل واحد منهما وقوله فيصدق يعني كل واحد منهما وقوله فصد
في حق نفسه وقوله لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق وقوله او مملوكه يعني على تقدير الكذب فقوله ولنا
مسوق وانما سعى على الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله اعتق شريكي نصيبه تكون
الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو ان يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله اعتق الشريك يكون مقرا
بان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة اخذ بدل الكتابة
وذلك جائز وقوله لان حقه في الحالين اي لان حق المولى في حالة اليسار والاعسار في احد شيئين اي التضمين او
الاستسعاء **وقوله** وقد تعذر التضمين لانكار الشريك اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف
فانه لما انكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان واجيب بانه لما كان مدعيا كل واحد منهما انه اعتقه صاحبه يحلف
ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تعين السعاية بلا تحليف لان ماله اليه
وقولنا على ما بيناه يريد به قوله لانا نتيقن حق الاستسعاء كاذبا او صادقا وكذا في النهاية وقيل هو اشارة الى قوله
لانه مكاتبه او مملوكه ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل
فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف لكن
عند ابي حنيفة لا فرق بين ان يكونا موسرين او معسرين او احدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده
لا يمنع وجوب السعاية على العبد فهما لما في استحقاق النصف الباقي على السواء وعند ابي يوسف اذا كانا معسرين فكذلك
وان كانا موسرين فلم يسع لواحد منهما في شيء وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في نصف قيمته للموسر منهما
لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده ايضا يمنع وجوب السعاية ووجه قول محمد فيما

اذا كانا معترفين ان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية وهو الحانث منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه فصار
كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهذا انا نقضي بسقوط نصف السعاية
لان احدهما يقينا ومع التيقن بسقوط النصف كيف نقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع جواب
عن قوله المقضي عليه مجهول فان قيل في التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابها للمعتق اجيب
بان ذلك يتحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد
كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه واما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان
التوزيع اولى وقوله ويتأتى التوزيع فيه وقد امضيناه في اثناء الكلام وقوله ولو حلفا على عبد بين ظاهر ولذلك
قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره قوله ولا ضمان عليه اي على الاب وقوله وكذا لو ورثاه يعني بالاتفاق
وصورته امرأة اشترت ابن زوجها مع اخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه او امرأة لها زوج
ولها غلام ومن ابوي زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابنها وقوله وقالا في الشرى اي شاركه
الى ما ذكرنا من الاتفاق في صورة الارث قوله وقد حلف بعتقه ان اشترى نصفه انما قيد بالنصف لانه
اذا حلف بعتقه ثم اشتراه لشريكه الاخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد وقوله ووجه قولهما
على ما ذكره في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الاخر رضي بافساد غيره نصيبه ومن
رضي بذلك لا يضمن المفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك اي الدليل على رضاه بافساد
نصيبه انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء فان شراء القريب اعتاق حتى نخرج به عن الكفارة عندنا والمشاركة
في علة العتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك من القريب علة العتق والحكم
يضاف الى علة العلة اذا لم يصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعي يثبت بعد مباشرة
علة بغير اختياره بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة وقوله وهذا ضمان افساد يجوز
ان يكون جوابا عما يقال ان كان الرضا مسقطا للضمان ان لو كان ضمان افساد واما اذا كان ضمان تملك فلا
يسقط به كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع
لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب
انه ضمان افساد في ظاهر الرواية ولهذا حتى يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط الضمان ولا يختلف الجواب بين العلم
بالقرابة وعدمه في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الحكم يدار على السبب اي العلة كما اذا قال لغيره
كل هذا الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر بملكه والسبب قد وجد كما مر وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما بها في حكم الضمان لان الرضا لا يتحقق الا اذا
كان عالما بها وقوله وان بدا الاجنبي ظاهر مما تقدم وكذلك وقوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر
وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن للساكت بالاجماع وقوله
والوجه قد ذكرناه اشارة الى قولهما انه ابطل وله انه رضي قال واذا كان العبد بين ثلاثة نفر
اذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره احدهم وهو موسر فارادوا الضمان اي اراد الاخران تضمينه انما هو الساكت
والمدبر دون المعتق وكان المراد بالجمع التثنية او اطلق الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن
المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وبيان ذلك ان قيمة العبد
ان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان
قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما ذكرنا فالتدبير بلغت منه تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر
وهي ثلثا قيمة القن وهو ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه
التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه اياها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله

العبد مدبر

العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا قوله واصل هذا ظاهر وقوله على ما مر اشارة
الى قوله لان المعتق جاز بعتقه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الى اخره وقوله غير ان له ان يضمن المدبر
بيان حصر الضمان على المدبر بعد ما كان الاعتاق ايضا سبب ضمان وتقرير ذلك ان ضمان المدبر ضمان معاوضة
وضمان المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز اما ان
ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه يضمن ما اتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل وكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد
سبب الضمان موجبا الملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما اتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير
قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك حال عن ضمان الجناية واما ان الاصل في الضمان
ضمان المعاوضة فواضح ولهذا جعل الغصب ضمان المعاوضة على اصلنا ومما يدل على ان ضمان المدبر
ضمان معاوضة ان من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق فلم يرجع من اباقه حتى مات كان
ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة في اخر باب النهي من اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي
وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير
قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما اتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان اولى
وقوله لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين قال الامام حلال الدين عن ابن المصنف رحمهما
الله هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير
كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا بالفسخ
وانما الصحيح ان يقال لانه مدبر عند ذلك مدبر واقول للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق
الاستسعاء بمنزلة المكاتب كما ان فيه حق البيان كذلك على ما يجيء في هذا الكتاب في مسئلة الثابت
والخارج والداخل لان للمولى حق بيان الايجاب الاول في كل واحد من الثابت والخارج فما دام له حق
البيان كان كل منهما حرا من وجه عبدا من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا ههنا ما دام له حق السعاية
في المدبر كان بمنزلة المكاتب واما ان الكتابة تقبل الفسخ فبعد تقدم في فصل الكفارة في الظهار انها تنفسخ
بمقتضى الاعتاق فلذلك تنفسخ بالتراضي وقوله على ما قالوا اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم بنصف
قيمة القن لان قبل التدبير كان نوعا منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدهما
وهو البيع وبقي الاخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر
والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى
على الاول وقوله ولا يضمنه قيمة ما ملك بالضمان يعني ان المدبر لما ادى ضمان نصيب الساكت وهو
ثلث قيمته قنا ملك المدبر الان نصيبه الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة
ما كان في الاصل وهو الثلث مدبرا لان نصيبه بعد التدبير كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا
وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي يضمن على الساكت باداء الضمان
لوجهين احدهما ان تملك المضمون مستند والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثاني
انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين
المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب ان احد الشريكين اذا
اعتق نصيبه وهو موسر يضمن الساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له الملك مستندا
وهو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان وليس للساكت تضمين
المعتق لما ذكرنا من تعين المدبر لكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه واما
المعتق فلما قام مقام الساكت باداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا ذلك الولاء

وقوله والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا اي بين عصبة المدبر اثلاثا الثلثان للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل لو كان اداء الضمان يثبت ملك نصيب الاخر كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيئا مما ادى ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثه من الابتدا مستندا اقتصت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما ان نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله لانه ضمان تملك اي لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وجنبه فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاتلاف بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية وهو يختلف باليسار والاعسار واعترض بان قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار ان اردتم به مطلق ضمان الجناية او الجناية بالاعتاق والاول ممنوع بان من كسر جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا والثاني تحكم واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الاخر ولا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس

باب

واذا كانت جارية بين رجلين واذا كانت الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما اي يرتفع عنها الخدمة ويخدم المنكر يوما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر بالاستسعا لهما انه لما لم يصدقه وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا اضافه الى من يملكه ولم يصدقه في ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقراره المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد وكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم فيحتبس عند الجارية فيخرج الى العتاق بالسعاية كما مر وكذا النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد مالك المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق تقريره موقوف على مقدمة هي ان الخبر ينقسم الى كاذب وصادق فهما حقيقتة لا يجتمعان ولا يرتفعان بنا على ان صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول كانت الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعا لانه تبرا عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعا فبدعوى الضمان ففي كلام المصنف لف ونشر على ما مر وقوله والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب جواب عن قولهما كانه استولدها يعني انه لما اقر بامومية الولد يتضمن اقراره بها الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا اقر بنسب صغير لرجل وكذبه المقر له ثم ادعى المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما بان ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى منها اذا مات احدهما حتى عتقت لم يضمن الاخر عنده وعندهما يسعى ومنها اذا ولدت فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ولا شي عليه لشريكه من العقر ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمتها للشريك ان كان موسرا ويسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها اذا غصبت ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد

انها

انها ينتفع بها وطيا واجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطي لا يكون الا بملك اليمين عند عدم النكاح الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية ولو لا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على التقوم اجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر فو غير ان فيها بيانا لمقدار القيمة وهو واضح ولابي حنيفة رحمه الله ان التقوم بالاحراز للتمول ولا احراز للتمول في ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك قوله والاحراز للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا احصنها واستولدها ظهر ان احرازه للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله ولهذا لا يسعى لغريم يجوز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصودا لسعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرما به بعد موته لكن اللازم باطل فبا لملزوم ايضا ويجوز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم وقوله بخلاف المدبر جواب عن قوله كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس محرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرما **وقوله** وهذه اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر وبيانه ان السبب فيها اي في ام الولد متحقق وهي الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا الا انه يظهر عمله في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة في اسقاط التقوم فعمل به السبب واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف وقوله وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمتنع بيع المدبر الا انه انما امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع التدبير وهو العتق بعد موته وقوله وفي ام ولد النصراني جواب عما قاسا عليه وقوله قضينا بكتابتها عليه ليس المراد به حقيقة الكتابة وانما لكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت القيمة في معنى الكتابة وانما فعلنا هكذا دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد فلئلا تبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كان ما اذته في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يقتضي وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر غير متقوم فكذلك قلنا ان بكتابتها لم يقتض تقوم ام ولد النصراني فاطرد ما قلنا

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان عتق العبد بين عتق احد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل اخر فقال احدكما حر ويسمى كل منهم باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان ما دام حيا لانه هو المجمل فيرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام الاول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صار حرا ولا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدا ببيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني ويتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا وان مات ولم يبين عتق من الذي تكرر عليه القول يعني الثابت ثلثة ارباعه وتعين كل واحد من الاخرين يعني الخارج والداخل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك يعني يعتق من الثابت ثلثة ارباع ومن الخارج نصفه الا في العبد الاخر وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اناسا الى بني خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان

الشهود منهم كان محتملا ان يكون لله وكذلك اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لغير الله بقية من الفتك
على ما كان عليه عادتهم من الحج لتعظيم طواغيتهم توقيا من شرهم فلا يجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه
ولم يجب من وجه اوجب النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا فان قيل ما قال ابو حنيفة رحمه الله
في الخنثى يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع
يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال او النساء
لابد ان يظهر له ما يدل او يثبت له حاجة وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب
وهو واضح هذا اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك
وان لم يخرجوا الا من الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية
ينفذ من الثلث فنضرب بقدره وحقه فنجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب
بنصف الرقبة وهما سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة
فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع واحدا وعشرين وثلثاه اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة
وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة اسهم ويسعى في الاربعة واما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت
بثلاثة اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق
منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت يعتق منه ثلثه ويسعى في ثلثه والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان
نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر سهما وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان يعتقوا ولا سعاية عليهم
اصلا اذا اجازت الورثة ولم يجيزوا اعتقدها لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا صادف
محلا معلوما اما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما
كان كذلك لا يتعدى موضعها. **قال** ولو كان هذا اي ولو كان هذا الكلام في الطلاق وهن غير
مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه
وفي مسألة الزيادات تخريجها مجمع عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسألة واحدة
والنصف من الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا
في الايجاب الثاني فقيل هذا قول محمد فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا فلابد
من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان
وصرف العتق الى ايهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا
من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب
الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة في الطلاق فمترددة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون
اجنبية لان الخارجة ان كانت المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت الثابتة
هي المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية فلغو الايجاب الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه فصح الايجاب
الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع توزيعا بين مهر الداخلة والثابتة فنصيب كل واحدة
منهما الثمن. واما التفريعات فمنها ما ذكرنا في اول البحث اذا كان المولى والعبيد احياء ومنها اذا كان المولى حيا
ويموت احد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة
بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل
وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت
لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقوله لهما وان مات الداخل قيل للمولى اعتق
على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب

الثاني

الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المصير اليه
حين الاوان الامام فخر الاسلام في شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب ان يعتق الخارج والثابت
لان الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل يوجب تعينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج
تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر وهذه تفريعات العتاق واما تفريعات
الطلاق فمنها ان الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء واوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني وله
الخيار في تعيين الثابتة والداخلة بالثاني وان اوقعه على الثابتة لغى الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني
على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الاول ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج
حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة
كان مخيرا في الاخريين بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة
بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسألة
العتاق ومنها ميراث النساء وهو الربع او الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها
الا احدى الاوليين والنصف الاخر بين الاوليين لان احداهما ليست باولى. **قال** ومن قال لعبديه
احدكما حر كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان قوله لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت اورد عليه بما لو قال
لامتيه احداكما ابنتي او ام ولدي ومات احداهما لم تتعين الحية والاستيلاد في الحية واجيب بان هذا
الكلام ليس بايقاع صيغة بل هو اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع الى البيان فاما الانشاء فلا يصح الا
في الحي فاما في مسألتنا فانما يتعين احدهما للحرية اذا مات الاخر لان البيان فيه يوصف بوصف الانشاء ويوصف
الاظهار وهذا لان قوله احدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل العتق غير ثابت فالنظر
الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق لا يعدوهما كان البيان اظهارا ولهذا اتعين البيان
من جميع المال اذا كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل
يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الاخر للعتق ضرورة وقوله ولذلك اذا استولد احدهما يعني
اذا وطئ احداهما فعلقت منه لانها صارت ام ولد له فمن ضرورة صحة امية الولد استحقاق العتق فمما
العتق المنجز منهما وذا انتفى عن احدهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله للعتق يعني عدم محلية العتق
بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه
والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكلام يعني الجامع الصغير حيث قال
فيه باع احدهما ولم يقيده بشيء والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق
فتعين الاخر له والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف رواه ابن سماعة عن ابي يوسف اذا ساوم
احدهما كان بيانا يعني لتعيين العتق في الاخر قيل مثل هذه العبارة تستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية
عنه مكتوبة وقوله والهبة والتسليم بمنزلة البيع قال التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا لان محمدا ذكر في
الاملاء اذا وهب احدهما وقبضه او تصدق واقبض عتق الاخر ولان البيع الفاسد يعين الاخر للعتق وان
لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجود
تصرف مختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما بينا ان الميت
لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعينت الاخرى له وكذا لو وطئ احداهما لما بين في المسألة
التي تعد هذه ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان
الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها فاذا وطئ احداهما جعل مستبقيا للملك فيها
لنفع الوطء حملا لامره على الصلاح فاذا انقطع الملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق ولابي حنيفة رحمه

ان الملك قائم في الموطوءة اي في التي توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطئها حلالا اما ان الملك قائم فلان
انتفاء العتق انما هو في المنكرة وهي اي الموطوءة غير منكرة بل هي معينة فلا يكون الانتفاء فيها واذا لم يكن الانتفاء
فيها لا يكون الملك منتفيا واما ان الملك اذا كان قائما كان الوطي حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطي
حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا حل وطئها على مذهبه وهذا في غاية الرقة وبلوغ
منتهى التحقيق الا انه لا يفتى به قيل لان المنكرة التي ثبت فيها العتق لا تخلو عنهما ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط
وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك ابي حنيفة الاحتياط والاولى انه لا يفتى به لئلا يتخذ معبرا لابي حنيفة رحمه الله بترك
الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا او لا فان كان غير نازل كان ذلك الغاء للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا
يجوز وطيهما اجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه
اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على
الشق الاول او يقال نازل اي العتق نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان
يشتري احد العبدين على ان المشتري بالخيار فيهما فانه يصح والوطي لا يقبله المنكرة لانه يضاف الى المعينة اذ هو امر
حسي لا يقع الا في المعين ووطي غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطي بيانا في الاخرى فان قيل فكيف وقع بيانا في
الطلاق اجاب بقوله بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء
الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها هنا الشهوة دون الولد فلا يدل ذلك على الاستبقاء
وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المصنف اختار جوازه او يحمل على المخلص المعروف في اصول الفقه
وقد قررناه في التقرير او في تقريره **قوله** ومن قال لامته ان كان اول ما تلدينه غلاما فانت حرة ولدا
كلامه واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط ذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي
ذكر لم نر جواب هذا الفصل بل هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت
الغلام اولا فان نكل عتقوا لانه يكون كالمقر فان حلف لم يعتق احد منهم واما جواب الكتاب ففي فصل اخر وهو
ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعا
ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام
رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فيعتق
نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكر في
الكيسانيات هو الصحيح لما ان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في طرف واحد القول فيه قول من ينكر
وجوده بالكلية كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع
الشك في شرط العتق وكذلك فيما وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط
مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة بيقين يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسألة
الكيسانيات وقوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قيل هي ستة اوجه فصلوها
في شرح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا وهو المذكور في الكتاب اولا ووجهه
على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجارية ويسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في
الكتاب والثاني ان تدعي الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو
المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره ايضا والرابع ان تدعي الجارية وهي كبيرة والام
ساكتة ان الغلام ولد اولا وهو المذكور في الكتاب ايضا جوابه ووجهه والخامس ان يتصادقوا ان
الغلام ولد اولا والجواب ان الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد
لان الغلام قد انفصل عن الام في حالة الرق وكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله

تابعا

تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكرهما لان الكتاب لظهورهما واذا شهد رجلان على انه اعتق عبديه الشهادة على الطلاق
المبهم ثابتة جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اتفاق الحد عنده لذلك عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله
هي باطلة الا ان تكون في وصية استحسانا على ما نذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى
عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق
وانما اختلف الحكم على هذه الطريقة بناء على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما
وجه قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به وتصح الخادمة في المجهول وكل
ذلك دليل على كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية ونفي استيلاء ذل الرق والمملوكية
وكل ذلك حق العبد لا محالة وهذا هو المشهور ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فما كان من حقوق العباد
لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق
فلذلك تقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكان الشهادة
فيه كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر
الديني ولما قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحد اذ ليس فيها تحريم الفرج لانه
محرمة بالرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم يقع
الحاجة الى الزام المنكر وهاهنا وقعت وعن الثاني بان فيها معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب
الحد وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالحرمة الا ترى انه جاز له
ان يزوجها ويأخذ بضعها ليكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج واذا ثبت الاصل يبتني
وجه الاختلاف على ما ذكر بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده الى اخر المسئلة وقوله لان الدعوى من المجهول
لا تتحقق قيل عليه اذا ادعيا ذلك وجب ان تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب بان صاحب الحق
احدهما لا بعينه ودعواهما دعوى غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لان الشهادة
على احد العبدين لا على العبدين وقوله ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه كذلك نقض على ابي حنيفة رحمه الله لان
الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم تقبل البينة هاهنا ووجه دفعه ما ذكره بقوله لانه انما لا يشترط الدعوى
لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه يعني قوله ان
الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطؤهما ومعنى قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا تحقق
استلزم ان يكون الوطي بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم الفرج ايضا فانه وذلك
ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى والجواب ان لازم عتقها من اعظم الكبائر ولازم عتقه
حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن ان تكون من الكبائر فلا نسبة بينهما خطا وقوله واما اذا شهدا انه اعتق
احد عبديه في مرض موته بيان قوله الا ان تكون في وصية استحسانا وقوله لان العتق في مرض الموت وقع
وصية يعني سواء وقع في حالة الصحة او في حالة المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف احدهما ان
التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان نفع الوصايا حق الميت
فكان الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فتقبل الشهادة والثاني ان العتق يشيع
فيهما لانه اوجب العتق في المرض حال تعذره عن البيان وكان الحال فيما اذا هذا العتق بنصف كل واحد منهما
فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم يذكر وجه القياس وهو ان المقضي له مجهول والدعوى من
المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قال الامام فخر الاسلام
لا نص فيه والخلاف فيه بين مشايخنا فقال بعضهم لا تقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم
وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعواهما صحيحة في تسعين قوله

الحلف بالعتق فهو **باب الحلف بالتعليق** الشهادة

ان يجعل العتق جزاء الشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية اخر التعليق عن التنجيز قوله ومن قال اذا دخلت الدار
ظاهر واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك
ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق كذلك
واجيب بانه وجد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول
الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة وقوله لما قلنا يريد به قوله
فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وقوله لان قوله كل مملوك لي للحال قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص
انما يكون لمملوك اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله ومن قال كل مملوك لي ذكر حر
ذكر ظاهر ومبناه ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكره في الكتاب
وقوله فائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فدخل الحمل تبعا بناء على ان
هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النسا
لم يصدق في القضاء وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد وقال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى
مملوكا اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي اشتراه بعده **وقوله** بعد غد ظرف
لقوله حر لا لقوله املكه فان املكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعلا لانه المقصود ونوى
لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبرا ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا
التفسير يخالف رواية النحو وهي انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر تقرير المصنف يدل على ما
ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لانه كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه
للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويترجح
احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل
المعدوم واقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يابى قول هذا الشارح لان المشترك لا
يستعمل في احد المعنيين بعينه وليس النحويون مجمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى
انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم
اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين
ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان
عنده مدبر مطلق والاخر ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد حتى جاز له ان يبيعه وان مات عتقا من الثلث مشتركين
فيه وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه
لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا ولهما ان هذا
ايجاب عتق وايصاء اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه او لي واما انه ايصاء فبقوله بعد موتي
ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة اي المترقبة والحالة
الراهنة اي الحاضرة وسميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما
بعدها كذا في الشروح الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية
لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب
انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك
اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصا
يتناول الذي اشتراه اعتبارا للحالة المرتقبة وهي حالة الموت ويصير مدبرا فتكون كالذي كان في ملكه

لانه

لانه لم يتناول الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث
الايصاء لانه لا يكون عند الموت وكان حالة التملك لا سيما لا مختصا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا
حال التملك وانما عند الموت اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك لي او املكه فهو حر
لدخوله حينئذ تحت الحالة المرتقبة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه
او لي فهو حر بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصا والحالة محض استقبال
لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافا
الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا بمعنى لا ان يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين
قال وهو ان يقال ينبغي ان لا يتناول الايجاب المشترى اصلا لا في الحال ولا في المال لان الشرا انما يكون
مضافا الى الملك او الى سببه وليس احدهما في حقه موجودا فاجاب بان تناوله باعتبار الايصا لا الايجاب للحال
وقوله ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال اشارة الى جواب ابي يوسف ولعله اراد بقوله بسببين
مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة عليه ولكنه في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ
وفيه نظر لا يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق في الحال او كونه ايصا فقط ان كان
المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حينما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها
الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد عند الموت واما ما بينهما فليس بداخل فيه
فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل بيانا واسلم من الاعتراض ❀ والله ❀ تعالى اعلم

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شي
على شي يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما اخر هذا الباب لكون المال غير اصل في باب العتق ومن
اعتق عبده على مال اي مال كان من عروض وحيوان وغيرهما مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم
او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة
قبوله لان ايقاع كلمة على للشرط فيكون بالشرط كما لو قال ان اديت الي الفا الا لما قيل انها انما تكون للشرط اذا دخلت
فيما تكون على خطر الوجود وذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الاعيان
بل لما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق وكان الصارف عن الشرطية دلالة
الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه فقوله اذ العبد لا يملك
نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بذله المولى من العوض في مقابلة ما ليس
بمال وليس بشي لان المولى يملكه وكان ما بذله في مقابلة المال والثاني العبد لا يملك ما بذله في
مقابلة المال والثاني ان العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه لكونه يبقى على اصل الحرية
بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته
بالاعتاق او بيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح
وهذا ايضا ليس بشي لان العبد مال بالنسبة الى المولى وان لم يكن مالا بالنسبة لنفسه فكان ما بذله
في مقابلة مال عند المولى والثالث ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به في
يده شي من المالية غاية ما يقال انه يثبت به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة فكان ما بذله في مقابلة
ما ليس بمال بل هو قوة شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه معاوضة من قضية المعاوضة ثبوت الحكم
بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان رد او اعرض عن المجلس بالقيام او بالاشتغال
بما يعلم به قطع المجلس بطل واذا قبل صار ما شرط دينا عليه حتى تصح الكفالة به لانه دين وهو حر بخلاف
بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف القياس

العتق معلقا

دا القياس يقتضي ان يبقى يستوجب المولى الدين على عبده فلما ثبت على خلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد الى الكفالة وقوله واطلاق لفظ المولى ينتظم انواع من النقد يعني في قوله ومن اعتق عبده على مال وقوله فشابه النكاح يعني اذا شابه ذلك جاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة ههنا كما جاز ذلك في تلك العقود وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة ولا يضره جهالة الوصف فان لم يقل الفاخرة او ردية او دنية او خرنقية فان جهالة الوصف لا تمنع التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط وقوله من غير ان يصير مكاتبا يعني لا يثبت احكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدي عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع ما في يده من الاكساب ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال او ابراه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله ومراده التجارة يعني من الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار دون التكدي لانه يدني المرء ويخسه وقوله وفي سائر الحقوق يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبهها وقوله انه يعني المولى يترك قابضا بالتخلية برفع المانع سواء قبض او لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب او الحبس وقوله او تعليق العتق بالشرط لفظا احتراز عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشروط وقوله ولهذا لا يتوقف على قبول العبد توضيح لكونه تصرف يمين وقوله لانه لا استحقاق تقريره لا جبر الا باستحقاق ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء وقوله بخلاف الكتابة متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله لانه اي لان عقد الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فكان الجبر بعد الاستحقاق ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ كما ذكر ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ بان يقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتى لو طلقها بهذه الصفة كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد فانه ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك المولى لانه قبل الاداء عبده وهو وما في يده لمولاه اجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بيناه ثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالمؤدى فثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وما له وكان الكسب مالا قبل الكتابة فانه يصير احق بذلك المال حتى لو ادى ذلك عتق كذا في النهاية وغيره منقولا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين احدهما ان ثبوت معنى الكتابة هو المعاوضة فلا بد من اثباته والثاني ان حصول شرط صحة الشيء عبارة لا تقتضي صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب في الجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم ما تم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق اولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة وقوله وعلى هذا اي على العمل بالشبهين يدور الفقه ويخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق وهو ما

ذكرنا

ما ذكرناه من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما اتى هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار وترد بالعيب ولو ادى البعض يجبر على القبول لان الذي اتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو استحسان ومما ذكر في مبسوط شيخ الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عند ما يثبت من حيث انه عتق بمال اداه الى المولى وانما يعتق باداء جميع فما لم يوجد اداء الجميع لا يثبت معنى الكتابة هو القياس الا انه باداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فلذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابراه عن الكل او البعض ولو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق اما الرجوع عليه بالف اخرى مثلها فلان الالف الذي اداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود باداءه لان مقصوده ان يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا وليس كذلك واما انه عتق فلوجود شرط الحنث لما ان كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان واداه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه تخيير يعني تخيير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشية العبد اذا قال انت حر ان شئت فان قيل قد تقدم انه يصير ماذونا له في التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس اجيب بان الاذن يكون في صورة اذا اديت او متى اديت فان الاداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز ان يقال لا تنافي بينهما لجواز ان يكون ماذونا بالتجارة ويقتصر الاداء على المجلس يتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل ما هو كذلك يقتضي ان يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان والقبول متاخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر بالف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما لو اعتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على حر فان قيل لما لم يجب المال في المدبر على الالف ما الفائدة في تعليق بالقبول اجيب بان فائدته انه يجعل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال وقوله قالوا اعني المشايخ لا يعتق في مسألة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي لان الميت ليس باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المصنف وهذا اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث صحيح بناء على ان الايجاب مضاف الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسألة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يعتق معلقا بمطلق الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول

كما لو قال أنت حر بعد موتي بيوم بخلاف المدبر لأن عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط إعتاق الوارث فإن
قيل أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حر بعد موتي على ألف درهم فيكون كمسألة الكتاب معنى فينبغي
أن يكون الإيجاب في مسألة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول أيضا فيه أجيب بأن هذا يمين من جانب المولى
حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الأيمان يعتبر اللفظ ولفظ قوله أنت مدبر على ألف درهم إضافة الحرية إلى ما
بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفي مسألة الكتاب إضافة الحرية إلى ما بعد الموت لفظا فيشترط
القبول بعده **قال** ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين ومن قال لعبده أنت حر على أن تخدمني
أربع سنين فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما
الله وقال محمد وهو قول أبي حنيفة الأول عليه قيمة خدمته أربع سنين أما العتق فلأن الخدمة في مدة معلومة
جعلت عوضا عن العتق وكل ما جعل عوضا عن العتق يتعلق بقبوله لأنه الحكم في الأعواض كلها وقد وجد
القبول فترتب العتق ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت
صداقا مع أن الله شرع ابتغاء الإبضاع بالأموال حيث قال تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم
فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم ثم إذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى وهي أن من باع نفس العبد
منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية
عنده وهي إلى مسألة بيع نفس العبد منه بجارية إذا استحقت معروفة في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب
وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك وجه قول محمد أن الخدمة بدل ما ليس بمال
وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما أن
الخدمة بدل ما لا لأنها نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن
تسليمه لأن العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لإمكان ذلك هذا في المبني ولقائل أن يقول هو مناقض
لما قال المصنف في أول الباب إنه معاوضة مال بغير مال لأن العبد لا يملك نفسه والجواب أن الإعتاق
على مال معاوضة مال بغير مال من وجه كما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأي مال
كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر إلى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فإنه إذا مات
العبد وفسخ العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما نذكره وأما المبني عليه فوجه قول محمد أن هذا بدل ما ليس
بمال وهو العتق لأن بيع العبد من نفسه إعتاق وقد عجز عن إيفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق
قيمة فتجب قيمة البدل ووجه قولهما أن الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما إذا تبايعا عبدا
بجارية ثم مات العبد فتفاسخا العقد على الجارية فيلزمه قيمة العبد وقوله وكذا بموت المولى يعني
أن موت المولى في هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسألة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله ومن
قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم علي لم يذكر في بعض النسخ على القفا بدلا لأن علي على الوجوب وذكر في
بعضها للتأكيد والمسألة ظاهرة وقوله وقد قررناه من قبل يعني في الخلع في مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة
على وجه الإشارة والفرق أن الأجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق إذ الثابت به سقوط
ملك الزوج عنها لا غير وكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الأجنبي بخلاف الإعتاق فإنه يثبت للعبد
بالإعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس للأجنبي كالعبد شيء لأنه
لم يثبت له شيء أصلا وكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز وقوله ولو قال أعتق
أمتك عني بألف درهم والمسألة بحالها أي قال على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تزوجه نفسها قسمت
الألف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه ما ذكره في الكتاب وهو
واضح وقوله على ما عرف يعني في أصول الفقه وفيه شبهتان أحدهما أن هذا البيع فاسد لأنه بيع لما يخصها

من الألف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولأنه أدخل صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد
لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق إذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثاني أن
البيع إذا كان فاسدا أو يجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة والقول إنما يخصه من الثمن إنما هو موجب
البيع الصحيح كما إذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فإن البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما يأتي
وأجاب الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عن الأول بأن الآمر ينتفع بهذا الإعتاق فمن هذا الوجه
يعتبر قابضة نفسها أدنى قبض وأدنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة
والإمام فخر الإسلام رحمه الله عن الثاني بأن البيع مندرج في الإعتاق فأخذ حكم الإعتاق في عدم الفساد
بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن وقوله فلو زوجت نفسها منه يعني
في المسألتين لم يذكره محمد في الجامع الصغير وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهو ما إذا
لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى أن حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما
أصاب مهر مثلها كان مهرا للأمة في الوجهين

باب التدبير

ذكر الإعتاق الواقع بعد الموت عقيب الإعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة والتدبير في اللغة هو النظر
في عاقبة الأمر وفي الشريعة إيجاب العتق الحاصل بعد الموت بألفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك أو
أنت مدبر أو دلالة كقوله إذا مت فأنت حر أو أنت حر مع موتي أو في موتي وكقوله أوصيت لك بنفسك
أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالي وحكمه أنه لا يجوز إخراجه عن ملكه إلا بالحرية كما في الكتابة فإذا مات
وهو يخرج من الثلث عتق وإن لم يخرج عتق ثلثه وسعى في ثلثيه وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه وهبته
لأنه تعليق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما
وكما في المدبر المقيد فإن ذلك جائز فيه بلا خلاف ولأن التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع
الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى بوصية لإنسان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا
يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ولأنه أي التدبير سبب الحرية لأن الحرية
تثبت بعد الموت فلا بد لها من سبب ولا سبب غيره ثم إما أن يكون سببا في الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون
بعد الموت لأنه حال بطلان الأهلية فلا يمكن تأخير السببية إليه ولأنه في الحال موجود وبعد الموت معدوم
لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين أن يكون سببا في الحال واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض لما ذكر
في باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وأقول قوله ثم جعله سببا
في الحال أولى يدل على أن جعله سببا في الحال وإن كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين فيحمل ما ذكره
هناك على غير الأولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سببا بعد الموت
أو اختار رجحانه باجتهاده وجعل ما ذهب إليه الأصحاب أولى فإن قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق
شيء من السبب ثابتا في الحال وإنما يكون عند وجود الشرط فما في التدبير خالف سائر التعليقات وهو موجه
إلى قول الشافعي كما في سائر التعليقات أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل
الشرط واعلم أن في كلام المصنف رحمه الله غموضا لا ينكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان فلا بد منها فنقول
المانع هو ما ينتفي بالشيء مع قيام مقتضيه وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم والمراد بالظهر ههنا أن القياس يقتضي
أن يكون سائر التعليقات أسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق
يمينا قائم لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فإن المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط
وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع
الطلاق والعتاق وإليه أشار بقوله وإنه يضاده وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن أن يكون

سببًا له بصفة كون تصرف التعليق يمينًا يمنع عن كونه سببًا للحكم وهو الطلاق والعتاق فإن قلت فذلك
اليمين يعقد للحمل كما في قوله للرجل إن لم تدخلي الدار فأنت طالق وقد نص في الكتاب أن اليمين تعقد
للمنع أو الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وأنه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين إلا منع الشرط
والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فإن قلت التدبير يمين أو ليس بيمين فإن كان
يمينًا وجب أن لا يكون سببًا لقيام المانع على ما قررتم وإن لم يكن يمينًا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات
إذ السائر بمعنى الباقي قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بأمر كائن بخلاف سائر التعليقات واستثناء الطلاق من سائر
التعليقات بطريق المشاكلة أو لم يكن اليمين أخص من التعليق ويرد عليه أنت طالق إذا جاء غد فإنه تعليق
بأمر كائن وليس بسبب في الحال والجواب أنه إضافة لا تعليق وقوله وإن أمكن تأخير السببية
فيه إلى زمان الشرط ممكن لقيام الأهلية عنده فافترقا واعترض بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود
الشرط إذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية كما ذكرتم في صورة المجنون وأما إذا كان
فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط وقوله ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال لأن الموصي يجعل
الموصى له خلفًا فرق آخر بينهما وتقريره أن التدبير الطلاق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لأن
الموصي يجعل الموصى له خلفًا في بعض ماله بعد موته كالوارث فإنما سبب الخلافة في الحال واعترض بأنه
لو كان وصية لبطل إذا قتل المدبر سيده لأن الوصية للقاتل لا تجوز وإن كان الجرح قبلهما أو ملكهما بعدها
ولجاز البيع لأن الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعًا عن الوصية وليس الأمر كذلك والجواب عنهما
جميعًا أن ذلك في وصية لم يكن على وجه التعليق لأن الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص
ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعًا إنما يجري في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير
لكونه إعتاقًا لا يقبل ذلك وقوله وإبطال السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل بقوله ولأنه سبب الحرية وما
بينهما لإثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية لا يجوز إبطاله وفي البيع وما
يشابهه من الهبة والصدقة والإمهار ذلك أي إبطال الحرية فلا يجوز وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره
التدبير لا يثبت الحرية وإنما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيها ثابتًا ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو
حر دخل فيه المدبر وإذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وإن كانت أمة وطئها وله أن يزوجها لأن
ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا يعني من حديث
ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله عليه السلام وهو حر من الثلث ولأن التدبير وصية لكونه تبرعًا مضافًا
إلى ما بعد الموت ولا يعني بالوصية إلا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لأنه يفيد استحقاق
الحرية كما ذكرنا آنفًا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن مال غيره يسعى في ثلثي رقبته وإن كان على المولى
دين سعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله وولد
المدبرة إنما أن يكون من المدبرة هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح
لأن ولد المدبر إما أن يكون من أمة أو غيرها فالأول رقيق لمولاها والثاني يتبع الأم في التدبير والكتابة
وغيرهما دون الأب وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل عن ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم وخوصم إلى
عثمان رضي الله عنه في أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير
فهو مثلها لا يباع وكان بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل عن أحد خلاف وقوله فإن علق التدبير بموته
على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي أو سفري أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد
في الحال لتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لأنه
تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فتبين مما قدمناه وهو أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كالمحقق

اليمين

اليمين وقد عرفت أن صفة كونه يمينًا يمنع عن السببية وأما إذا كان أمرًا كائنًا لا محالة لم يكن في معنى اليمين
فكان سببًا فإن قيل إذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقد إن انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية
الإيجاب وإن انعقد قبل كيف جاز بيعه فالجواب أنه موقوف فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما
يعتق المدبر من الثلث لأنه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ وإن كان
وإن عاش بطل التدبير ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا يعني قوله للتردد في
تلك الصفات بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش في الغالب لأنه كالكائن لا محالة وهذا
الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله في المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث في نوادره لو أن رجلا
قال لعبده أنت حر إن مت إلى مائتي سنة قال أبو يوسف الليث هذا مدبر مقيد وله أن يبيعه وقال
الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه علم أنه لا يعيش إلى ذلك المدة فصار كأنه قال إن مت فأنت حر ولو مات قبل السنة
في الأول أو قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لأنه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد والله أعلم

باب الاستيلاد

لما فرغ عن بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية
لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد وأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة إذا ولدت
مارية إبراهيم من رسول الله عليه الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا
تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم لما ولدت مارية إبراهيم من رسول الله عليه السلام وقيل له ألا تعتقها
أعتقها ولدها أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية
ولكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل ولدت
أمته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعًا ومنعنا البيع بالحديث الأول والتنجيز بالحديث الثاني ولا
يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا يرتفع إلا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لأنا نقول الأحاديث الدالة
على عتقها من المشاهير وقد انضم إليها الإجماع اللاحق برفعها ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة
بواسطة الولد فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها
وهبتها لأن بيع الحر وهبته حرام فإن قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لأن الجزئية توجبه ولئن سلم
فإنه ليس بأجانب بقوله إلا أن بعد الانفصال يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال لتبقى الحرية حكمًا لا حقيقة
لضعف السبب فأوجب حكمًا مؤجلا إلى ما بعد الموت فتعارض المعقول بالمنقول في إثبات حكم مؤجل
إلى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها لو كانت الحرية باقية حكمًا لعتق
من ملكه امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك أجاب بقوله وبقاء الحرية حكمًا ومعناه أن بقاء
الحرية حكمًا عبارة عن ثبات النسب والأصل في ثبات النسب هو الأب لأن الولد ينسب إليه والأم بواسطة
الولد يقال أم ولد فلان فكذلك في الحرية فثبت في حقهم لا حقهن وقوله وكذا إذا كان بعضها
مملوكًا له يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لأن الاستيلاد
لا يتجزأ لأنه فرع ما لا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله فإن قيل فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه
الاستيلاد يتجزأ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه إلى آخره فما وجه التوفيق بين كلاميه أجيب
بأن معنى قوله لا يتجزأ يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجيء بعد هذا
في هذا الباب لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لأن الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة
للانتقال من ملك إلى ملك وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاد فإنما فرض المسألة في المدبرة وهي
غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصرًا على نصيبه فيتجزأ الاستيلاد ضرورة وكان دفع الناقض

باعتبار اختلاف الموضوع والحال وما به يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله وذلك لأنهما جعلا الاستيلاد مقيسًا عليه في أنه لا يتجزى وكان مجمعًا عليه ثم أجاب عنه أبو حنيفة رحمه الله بأن يجرى عنده في ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا في النهاية **قال** وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لكن قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قائمًا كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل أن يستبرئها فإن قيل شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطي وقد وقع الشك في زوالها ولا يرتفع به بخلاف النكاح فإن المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا يعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة وقوله ولا يثبت نسب ولدها أي ولد الأمة رجوعًا إلى ما ابتدئ به أول الباب بقوله إذا ولدت الأمة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجيء في قوله فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت بغير إقرار وحكم المدبرة حكم الأمة في أنه لا يثبت النسب فيها بدون دعوى المولى وقوله إلا أن يعترف به أي بالولد والاعتراف بالوطي غير ملزم وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وإن لم يدع لأنه لما ثبت النسب بالعقد أي بالنكاح الذي هو مفض إلى الوطي فلأن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى ولنا أن وطي الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه أي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة أولاد الإماء عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي فإنه لا يثبت النسب بغير الدعوة بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصودًا منه فلا حاجة إلى الدعوة لإبقاء النسب باعتبار الحرية أو بما وضع لها والعقد وعدمه لا مدخل له في ذلك لأنا نقول لو كان ذلك مدار الثبت من الزاني وليس كذلك وإنما النظر إلى الموضوعات الأصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج إلى الدعوة ووطي الأمة ليس بموضوع له فيحتاج إليها وإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير إقرار إذا كان قد اعترف بالولد الأول لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصودًا منها فصارت فراشًا كالمعقودة إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله من غير لعان ما لم يقض القاضي به أو لم يتطاول المدة فأما بعد قضاء القاضي فقد لزمه وعلى وجه لا يملك إبطاله وكذلك بعد التطاول لأنه يوجد منه دليل الإقرار في هذه المدة من قبول الهبة ونحوه وذلك كالتصريح بالإقرار والاختلاف في مدة التطاول قد سبق في اللعان وقوله لأن فراشها ضعيف واضح وقوله وهذا الذي ذكرناه أي عدم ثبوت نسب ولد الأمة بدون الدعوى حكم قضاء القاضي فأما الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى إن وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا **وقوله** لأن هذا الظاهر وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل يقابله أي يعارضه ظاهر آخر وهو العزل أو ترك التحصين وقوله وفيه روايتان أخريان في بعض النسخ أخراوان وليس بصحيح وقوله عن أبي يوسف وعن محمد قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من توهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فإنه ليس كذلك وإنما عن كل منهما رواية تخالف رواية الآخر فأما رواية أبي يوسف فهي أنه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك ثم جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها تحسينًا للظن بها وحملًا لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وأما رواية محمد فهي أنه لا ينبغي له أن يدعيه إذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لأن استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعًا فيحتاط من الجانبين وذلك في أن يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه وما ذكره أبو حنيفة هو الأصل لأنه إذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعيه وإن حصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك فإذا

زوجها

ثم زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه لأن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له بالنكاح وإن كان النكاح فاسدًا بعدما اتصل به الدخول لأن الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية فإذا كان الفاسد ملحقًا بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد وقوله ولو ادعاه المولى معناه إذا زوج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لأنه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره وإنما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لأن أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له هكذا نقل عن مولانا حميد الدين الضرير رحمه الله فإن قيل ينبغي أن لا تصير أمه أم ولد له لأن أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فإذا لم يثبت الأصل منه كيف يثبت الفرع أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاد كان لثبوته وإن كان ذلك الإقرار بشيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة إقرار المولى في محله وهو الملك وهذا الاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح إلا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقي معتبرًا في حق الأم لاحتياجها إلى أن تصير أم ولد **قال** وإذا مات المولى عتقت من جميع المال سواء كان دبرها أو لا لما رواه محمد بن الحسن رحمه الله من حديث سعيد بن المسيب رحمه الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ومعنى قوله أمر الأمر المصطلح فإنهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وإنما كان الدين قضاء للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث ومعنى تأكيد لأنه فهم ذلك من قوله وأن لا يبعن في دين ولأن الحاجة إلى الولد أصلية لأن الإنسان يحتاج إلى بقاء نسله كما أنه يحتاج إلى بقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الأصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج وقوله ولا سعاية عليها أي على أم الولد في دين المولى للغرماء لما بينا أن الحاجة إلى الولد أصلية إلى آخره وفي بعض النسخ لما روينا يعني حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك أنه لما قال فلا يبعن دل على انتفاء المالية وإذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية وقوله ولأنها يعني أم الولد ليست بمال متقوم حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها عند أبي حنيفة رحمه الله لأن ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم فلا تتعلق بها حق الغرماء كالقصاص فإن من له القصاص إذا مات وهو مديون ليس لأرباب الدين أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لأن القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذ وإنما يقابله شيء متقومًا وكذا إذا قتل المديون شخصًا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص وكذا إذا قتل رجل مديونًا والمديون قد عفى لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها قيل على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة رحمه الله مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده فإن القول بالسعاية قول بالتقوم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها وقوله ومالية أم الولد معتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده جواب عن هذا الإشكال وقوله ولأنها يعني مالية أم الولد إن لم تكن متقومة ففي محترمة وهذا أي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان جواب آخر لذلك الإشكال واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيًا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد وأجيب بأن مبنى الضمان في الأصل على المماثلة بين ما ليتها لا على تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله وقوله كما في القصاص المشترك يعني إذا كان القصاص مشتركًا بين جماعة وعفى أحدهم يجب المال للباقين وإن لم يكن

القصاص من الاستيفاء لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخر عنده فيعفو أحدهم
ولو مات مولاها وهو النصراني عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد ولو عجزت في حياته لا ترد فيه لأنها لو ردت
فيه أعيدت مكاتبة لقيام الموجب وهو إسلامها مع كفر مولاها **وقوله** ولو استولدها صورة المسألة
ظاهرة وتقرير وجه الشافعي رحمه الله هذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق لا تصير أم ولد لمن
علقت منه لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لأنه جزء الأم في تلك الحالة إذ هو في حال العلوق والجزء
لا يخالف الكل في صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة فلو تعلق الولد حرا كان الجزء
مخالفا للكل وقوله كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني أنها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها
في كلامه تسامح لأن قوله هذا ابتدأ على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت إذا علقت
من الزنا وقوله وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه
وذلك مغاير للأول وهذا أقيس لأن العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس إلا وفي صورة الزنا إنما
لم تثبت أمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقا لأن المزني بها في ملك الغير حالته لا ملك مولاها ولنا أن السبب
الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل في أول الباب حيث قال ولأن الجزئية قد حصلت
بين الواطئ والموطوءة والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح فتثبت الجزئية
بهذه الواسطة وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد وقوله بخلاف الزنا جواب عن قوله كما إذا علقت بالزنا لأنه
لا يثبت فيه أي في الزنا الولد إلى الزاني فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد
فإن قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فعلام يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه أجاب بقوله وإنما يعتق على الزاني
الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نسبة الولد والنسب على الزاني منقطعة فكان أمومية الولد بالزنا
نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه أي الأخ ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الوالد وهي غير ثابتة والمراد بالأخ
لأب وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا لأن النسبة بينهما ثابتة وقوله فإذا وطئ جارية ابنه
ظاهر **قال** وإذا كانت الجارية بين الشريكين هذه المسألة قد مر ذكرها في أول الباب حيث قال
وكذا إذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك مما ذكره من حيث إن الاستيلاد يخرج الأمة إلى حق الحرية قبل
الموت وإلى حقيقتها بعده وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزي الاستيلاد المذكور
هناك وبتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه
عليه قوله فادعاه أحدهما لا تفرقة بينهما في ذلك من الصحة والمرض وقوله لأنه لما ثبت النسب في نصفه إلى
آخره يرد عليه القلب وهو أن يقال لما لم يثبت النسب في نصف الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في
الباقي ضرورة أنه لا يتجزى إلى آخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا لأمر
أنه تسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر وبذلك يثبت منه بالدعوة وقوله فيضمن الملك في نصيب صاحبه
قال في النهاية هذا على اختيار بعض المشايخ وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان لما عرف في أصول
الفقه وأقول يجوز أن يكون مراده بالتعقيب التعقيب الذاتي لا الزماني وحينئذ يكون واردا على الأصح من المذهب
وقوله بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه وهذه
التفرقة بين الشريك والوالد من حيث إن ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفي للاستيلاد
فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطء واقعا في ملك الغير وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة
الشركة فيجب العقر وأما الأب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد
في ملكه حملا لأمره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه لا يوجب العقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف
مهر مثلها هذا في مبسوط شمس الأئمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الإسلام والحبط العقر قدر ما يستأجر هذه المرأة

لو كان

لو كان الاستئجار للزنا حلالا وقوله فلم يتعلق به شيء على ملك الشريك لأنه كما علق تعلق حر الأصل لأن نصفه
تعلق على ملكه وأنه يمنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح المثبت للنسب وإن ادعياه معا ثبت نسبه منهما قال
المصنف رحمه الله معناه إذا حملت على ملكهما وإنما قيد بذلك لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما فكما إذا اشتراها
اشتراها هو وآخر فهي أم ولد له لأن نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه
أيضا وقال الشافعي رحمه الله يرجع إلى قول القافة وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتتبع
آثار الآباء في الأبناء من قاف أثره إذا اتبعه والقيافة في بني مدلج منهم المجزز لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا
أن الولد لا يخلق من ماءين أي من ماء رجلين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول
القائف في أسامة رضي الله عنه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة رضي الله عنها وأسارير
وجهه تبرق من السرور فقال أما علمت أن مجززا المدلجي مر بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما
وأرجلهما بادية فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز إظهار السرور
ولوجب عليه الرد والإنكار ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح رحمه الله في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما
ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وللباقي منهما أي الولد يكون للأب الباقي من الأبوين اللذين
كانا إذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للأب الحي دون أن يكون بصفة لورثة الأب وقوله وكان بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم يروى بمرأى منهم فهو كالمجمع عليه **وقوله** في سبب الاستحقاق يعني الملك وقوله
أحكام متجزية يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث مما يقبل التجزية كالميراث
يثبت على التجزية في حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية النكاح الإنكاح تثبت في حق كل واحد منهما كملا كأن
ليس معه غيره وقوله إلا إذا كان أحد الشريكين أبا استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا وقوله
وسرور النبي صلى الله عليه وسلم جواب عن قوله وقد سر رسول الله عليه الصلاة والسلام واختلفوا فيما إذا ادعى الولد أكثر
من اثنين فجوزه أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف وجوزه محمد إلى الثلاث قال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية
عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلث قريب من الاثنين وقال أبو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدا وقوله
فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها يعني تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعل قبل هذا لأنه لا تأثير
للاستيلاد في إبطال تلك الخدمة وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود
الرضى منهما بعتقها ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة وعندهما تسعى في نصف قيمتها للشريك الحي ويبقى نصفها
للشريك الحي عندهما ولو أعتقها أحدهما حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول أبي حنيفة
وعندهما يضمن نصف قيمتها أم ولد لشريكه إن كان موسرا وتسعى في نصف قيمتها إن كان معسرا وعلى كل واحد
منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ويرجع اللام في بالذي له وقوله كما إذا أقاما البينة على بيع يكون
ذلك مشتركا بينهما على السواء فكذلك هنا وإذا أقاما البينة على أن مجهول النسب كان الحكم هكذا فهنا
ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإما أن يصدقه المكاتب أو لا فإن صدقه ثبت النسب ولا تصير
الجارية أم ولد له وإن كذبه فلا يثبت النسب أيضا وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوة
المولى النسب كما في الأب والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب المولى وجارية الابن كسب الأب
ووجه الظاهر وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب
يشترط فيها التصديق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه لأنه حجر على نفسه ولهذا لا يتملك كسب المكاتب
عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى إلا بتصديقه والأب يملك التصرف بتملك مال ابنه لأنه لم
يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وإنما لا تصير الجارية أم ولده إذا صدقه المكاتب لأن حق الملك ثابت له في كسب
مكاتبه وذلك كاف لإثبات نسب الولد ألا ترى أنه يحرم بتملك حقيقة ملك فلا حاجة إلى التملك وليس للأب في مال

أو الولد ملك ولا حق ملك ولا تملك ابتداء الثبت منه إلا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ويقع الوطء في ملكه وتولدت منه فكانت أم ولد له وقوله وعليه عقرها أي على المولى عقر جارية المكاتب لأن الملك لا يتقدم الوطء لأن ما له من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد وكان الوطء واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الأول بالشبهة فتعين الثاني وقوله لما ذكرناه أي بذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في كلام المصنف نظر لأنه قال لما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولد له أي للمولى فإذا لم تصر الجارية أم ولد فمن أين يصح الاستيلاد والجواب أنه دل بلفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أي ادعى دلالة على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد لا له ما بعده فإن المصنف رحمه الله أجل قدرا من أن يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها وإنما قال إن الولد يعني أن الولد حصل له من كسبه فإن المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز أن يكون أنه أي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا إلى الخبر وهو كسب والضمير في بقيمته يعود إلى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور ليدل كما الولد على أن معنى أن الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها والجواب أن قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لابد من ذكر الولد وعلى تقدير أن يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية أم ولد له لأنه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في أم الولد المغرور وقوله وإن كذبه معطوف على قوله فإن صدقه المكاتب وقوله فإن ملكه يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر ثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الإقرار بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط وإذا ملك المولى الجارية أي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وإن كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لأن حق الملك له في المحل كان منفيا للنسب منه عند صحة الدعوى إلا أنه بمعارضة المكاتب إياه بالتكذيب امتنع دعوته وقد زال ذلك المعارض حين ملكه

كتاب الأيمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب إلى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الأيمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والإكراه فيهما واليمين في اللغة القوة قال الله تعالى لأخذنا منه باليمين وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها إرادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمها الذي يجب البر فيه والكفارة عند فواته وإنما قيد بقوله فيما يجب البر لأن من الأيمان ما يجب الحنث فيه على ما سيأتي والأيمان على ثلاثة أضرب لأن اليمين بالله إما أن يكون فيها مؤاخذة أو لا فإن كانت فإما أن تكون دنيوية فهي المنعقدة أو أخروية فهي الغموس وإن لم تكن فهي اللغو فالغموس هي الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر الماضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب ألا ترى أنه إذا قال والله إنه لزيد وهو يعلم أنه لعمرو كان غموسا فهذه اليمين يأثم صاحبها فيها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا أدخله الله النار ولولا الإثم ما كان كذلك وإنما يذكر على معناه لأنه ما سمي غموسا إلا لأنها تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار قال شمس الأئمة السرخسي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لأن اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لأن ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لأن ارتكاب الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يثبت وله ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال

الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لأن الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المنعقدة ولنا أن اليمين الغموس كبيرة محضة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة لما أن أسباب العبادات لابد وأن تكون أمورا مباحة فجاز أن تناط بها العبادة وفيه بحث من أوجه الأول أنه لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا النقض إجمالي الثاني لما وجب بالأدنى وجب بالأعلى بطريق الأولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة وإتباعها إياها مباح لها لقوله عليه السلام أتبع السيئة الحسنة تمحها وهما معا رمضان والجواب عن الأول أن الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطء وهو مباح وعن الثاني بأنه لا يلزم من دفع الأضعف بشيء دفع الأقوى به وعن الثالث بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب عما يقال المباح يوما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم وتقديره لو كان في المنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة لهتك حرمة اسم الله فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدأ لم يدخل في السببية ويرفعها عند الكرمان بخلاف الغموس فإن الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع الإلحاق أي إلحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبه المنعقدة والمنعقدة ما يحلف على أمر مستقبل وكلامه ظاهر وقوله إلا أنه علقه بالرجاء إشارة إلى ما قال في المبسوط فإن قيل فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها فإنما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن أبي أوفى وعن ابن عباس في إحدى الروايتين وروي عن محمد أنه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي فإن عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي أو في المستقبل وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس وروت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في تفسير اللغو كلام الرجل والله وبلى والله وتأويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فإن اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لأن فائدتها المنع أو الحمل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغوا وأما في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد في اليمين سواء ولقائل أن يقول في حصر الأيمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لأن قول الرجل والله إني لقائم الآن في حال قيامه مثلا يمين وليس من الضروب المذكورة ويمكن أن يلتزم بأنه ليس يمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وإنما هذا أقسم وهو جملة إنشائية أكدت بها جملة أخرى والقاصد في اليمين والمكره والناسي وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي وهو أن يريد أن يسبح مثلا فجرى على لسانه اليمين سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فإن قلت اليمين عقد يقوى بها عزم الحالف على الفعل أو الترك فهو من الأفعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان لأنه محمول على النقص به ونقض اليمين حكم وقوله والشافعي يخالفنا في ذلك يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي وسنبين

في الاكراه ان شاء الله ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء اي فهو ومن فعل مختارا سواء لتركه الدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحنث وقوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب عليهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امرأة ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

باب ما يكون يمينا

وما لا يكون يمينا لما فرغ من بيان صفة الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون يمينا واليمين بالله اي بهذا الاسم او باسم اخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه والمراد ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بافعالها كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانها اما ان يجوز الوصف بضدها اولا والثاني صفة للذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون علم الله يمينا واعتمدوا اثباته القياس ولكنه ترك الحجة بمعلوم ومشايخنا وراء النهر على ان الحلف بكل صفة يتعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها متعارف وقوله ومعنى اليمين وهو القوة الى اخره ذكره استظهارا لان مبنى الايمان على العرف كان دعوه مغنيا عن النظر الى غيره وقوله الا قوله وعلم الله استثناء منقطع من قوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناء منقطعا عن العرف منقطعا او الكلام في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكره معذرة عن وروده على اصلهم كما تقدم وقوله ولان الرحمة قد يراد بها اثرها منقوض بقدرة الله لانه يقال انظر الى قدرة الله والمراد اثره والا كان بمعنى المقدور ولكون القدرة غير مرئية فكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد رحمه الله وامانة الله يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادري فكانه وجد العرب تحلف بامانة الله عادة فجعله يمينا الا انه قال والله الامين ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر روى مالك رحمه الله في الموطا عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال المصنف رحمه الله اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي والقرآن كفر ولقائل ان يقول سلمنا ان التبري منهما كفر وكذا الامر كل كلام سماوي كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين وذلك لا يستلزمها الا ترى انه لو قال يحويك لا افعلن كذا واعتقد ان البر واجب كفر وليس بيمين والجواب يجيء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي

او نصراني **قال** والحلف بحرف القسم • الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا او مضمرا وحروف القسم وكون الباء اصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحرف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون او الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل والاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والتوصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لا بد وان يكون قد خلف وراءه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز ان يقال اطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب وقوله وكذا اذا قال لله في المختار احتراز عما روي عن ابي حنيفة انه لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة النذر وتحتمل معنى اليمين ولا اثر لتغيير الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب وقوله قال ابو حنيفة ظاهر وقوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد الفرق بين الحق وحقا بان المعرف اسم من اسماء الله قال الله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين ولو قال اقسم بالله او احلف بالله ظاهر واعترض بان اليمين ما كان حاملا على فعل شيء او تركه موجبا للبر وعند فوات البر موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر فقوله اقسم لا يكون موجبا للبر بمجرده لانه لم ينعقد يمينه على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا موجبا للكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل مضارع وكما تكون هي للحال كذلك تكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما في حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود واجيب بانه الحق فقوله على يمين وهو موجب للكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة على للايجاب واليمين لا توصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن ههنا او خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الالغاء وكذلك قوله اقسم اخبار عن القسم في الحال وما ثمة قسم لانه عبارة عن جملة انشائية يؤكد بها جملة اخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب اليمين بطريق الخلافة كذلك فاذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك حرمة اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه قال على يمين او اقسم ولم يزد على ذلك اما اذا قال اقسم لافعلن كذا او على يمين ان افعل كذا اقرارا فيجوز ان يقال قد تقدم ان اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقال واقسموا بالله جهد ايمانهم وقال يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال قالوا نشهد انك لرسول الله وقال فشهادة احدهم اربع شهادات بالله وكما جاز ان يكون حرف القسم مضمرا جاز ان يكون المقسم به ايضا كذلك وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله **قوله** وكذا قوله لعمر الله هذا معطوف على اصل المسألة وهو قوله اقسم الى اخره والعمر بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم قال في المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقي وايم الله معناه وايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة وايم اصله اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة

نحوه وقوله والحلف بالقطن يريد به قوله لعمرك وايم الله متعارف يحلف بهما في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون يمينا وقوله وكذا وعهد الله وميثاقه ظاهر ومن قال علي نذر او نذر الله ان لا افعل كذا كان يمينا لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او كافر او مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فيجعل يمينا كما نقول في تحريم الحلال وهذا جواب من قال انا بريء من الكعبة او النبي فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا او هو نصراني ان فعل كذا انهما يمينان وان قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول لكل واحد من التعبير تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة وقوله ولو قال ذلك لشيء فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو حلف له على امر في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف كذلك اذا كان في الماضي وقيل وهو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز فكانه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح ان كان عالما يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي ولا في المستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله لان حرمة هذه الاشياء تحتمل الفسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان الفسخ والتبديل قال في النهاية ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا لوجود النكاح وملك اليمين فسمي ذلك انتقالا من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا واما الخمر والربا فيحتملان النسخ اما الخمر فظاهر فانها كانت حلالا ثم انتسخ واما الربوا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه الا ترى انه يحل في دار الحرب واقول في كلام المصنف لف ونشر على غير الترتيب وذلك لان قوله متعلق بنحو الخمر واكل الربوا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل كما ذكرنا وهذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة والاولى اولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى اسم الله لان حرمته لا تحتمل بحال فلا يلحق اليمين بذكر هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة لكن في نوع عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل ينقلب توجبها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب احد الاشياء على التخيير او واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي رحمه الله المطلق على المقيد على ما هو مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة وقوله هو الصحيح احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة انه يجوز وفي رواية اخرى ان اعطى السراويل المراة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري بقدر ما يجوز به الصلوة لان ستر العورة فرض لا يجوز الصلوة بدونه اما ما اذا دخله فعفى يعتبر للكمال او للبدل قوله لا يؤخذ عليه من الكسوة كما لا يؤخذ عليه الادام في الطعام وقوله لكن ما لا يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة وكذلك عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة نصيب كل واحد منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل تشترط النية او لا ذكر في الاسلام في ظاهر الرواية يجزيه نوى ان يكون بدلا عن الطعام يجزيه عن الطعام او لم ينو وعن ابي يوسف اذا نوى ان يكون بدلا عن الطعام يجزيه عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رحمه الله يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر

الجناية

الجناية ولا جناية ههنا لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث وقوله واليمين ليست بسبب جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه ان السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما يضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت وقوله ثم لا يسترد من المسكين قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم تقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث لكنه لا يسترد منه لانه قصد به ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فيكون قد وقعت صدقة ولا رجوع فيها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه معناه على من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان اليمين مركبة من مقسم به ومقسم عليه وهو قوله لافعلن او لا افعل فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي الاستدلال به نظر لانه قال فرأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مقيد برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله فلان فيما قلنا يعني اداء الكفارة بعد الحنث تفويت البر الى جابر وهو الكفارة لما ان الحانث يقضي سوق المجبوب بالحنث فيما قلنا فيصلح الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلنا اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي لان الحنث لما تاخر عن الكفارة لم يصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقال بعض الشروح ولان فيما قلنا اي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلوة او قطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية ثابتة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف الكافر ثم حنث في كفره او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي رحمهما الله يكفر بالمال لان اليمين تعقد للبر وهو من اهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم الله تعالى وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولنا انه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون تعظيما اذ الكفر اهانة واستخفاف للحالف وهو ينافي التعظيم ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة بخلاف في الدعاوي والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول والاقرار والكفر لا ينافي ذلك **قال** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه مثل ان يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصر محرما لعينه وعليه ان استباحه اي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم او لغيرها باثبات موجب اليمين وفيه اعمال اللفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه ان استباحه اشارة الى الحرمة لغيره وعورض بان اليمين اما ان يذكر بمقسم به وهو عند ذكر اسم من اسماء الله او صفة من صفاته كما تقدم او بان يذكر شرطا وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجيب بسقوطها بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك في تحريم العسل او تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والراي لا يعارض النصوص الشرعية ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث

كما فرع لان قوله هذا اي قوله ان فعلت والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العين فحنث وهو قول زفر ووجه الاستحسان ان اليمين انعقدت للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع ان لا يتنفس ولا يفتح العين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى اخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناولات واذا لم يبق العموم مرادا لا يتناول المرأة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء لما بينا ان هذا الكلام يمين فيكون معناه والله لا اقربك وهو من صور الايلاء وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق بلا نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وقوله وكذا ينبغي الجواب ولم يذكر كما لو قال هرجه بدست حب كرم بروى حرام وقد قيل لا يقع به الطلاق وان نوى ولو قال هرجه بدست كرم كان طلاقا قيل يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان قال لله علي صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط سواء كان شرطا اراد كونه او لم يرده فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا تنفعه كفارة اليمين لاطلاق الحديث فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا او معلقا بشرط ولان المعلق بالشرط كالمنجز ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا هاهنا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه اي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم شهر او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا هي لو كان معسرا كان مخيرا بين ان يصوم ثلثة ايام وان يصوم شهرا وهذا المروي عن ابي حنيفة في النوادر ووجهه ما روي في السنن مسندا الى عقبة بن عامر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملوا الحديث الاول على النذر المرسل وعلى مقيد اراد الحالف كونه والثاني وعلى مقيد لا يريد كونه جمعا بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك ان في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا اما معنى النذر فظاهر واما معنى اليمين فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا اذن له مولاه بالجمعة فانه مخير بين اداء الجمعة ركعتين وبين اداء الظهر اربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف وهذا التفصيل اي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريد كونه هو الصحيح وفيه نظر لانه ان اراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان اراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل احدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريده على ان فيه ايماء الى العدول في الذهاب الى ظاهر الرواية ومن حلف على يمين اي على مقسم عليه من فعل او ترك وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقوله فقد بر في يمينه معناه لا يحنث ابدا لعدم انعقاد اليمين وقوله الا انه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص بان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل قلت الدليل الدال على لزوم العقود وهو النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرها من ان تكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة

يحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روي عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه لما كان انعقاد اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

على فعل شيء او تركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة في اليمين فذكرها في ابواب وقدم الدخول والسكنى على غيرها من الاكل والشرب ونحوهما لان اول ما يحتاج اليه الانسان الذي يتحقق بتمييزه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ثم تتوارد عليه سائر الافعال من الاكل والشرب وغيرهما واليه وقعت الاشارة في قوله تعالى يا ايها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الآية والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن السكون في مكان على سبيل الاستقرار مبنيا باهله وقوله ومن حلف لا يدخل بيتا ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود وقوله لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما اعدت لها اعترض عليه بان الله تعالى سمى الكعبة بيتا قال ان اول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا بقوله في بيوت اذن الله واجيب بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القرآن الا ترى ان الله سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناوله واستشكل بما قال في الفوائد الظهيرية اذا حلف لا يهدم بيتا مطلقا فهدم بيت العنكبوت حنث ويجيء الجواب ان شاء الله وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار قال في المغرب ظلة الدار هي السدة التي فوق الباب وقول المصنف والظلة تكون على السكة اراد بها الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا يطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان بعضه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت بعينه لانه ليس من جملة بيته وقوله وقيل اذا كان الدهليز ظاهر واذا دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي الذي يبنى للبيتوتة فيه شتاء او صيفا وقيل وهذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم اي صفاف اهل الكوفة ذكر عن ابي خازم القاضي ان هذا اشكل علي دخلت الكوفة فرأيت صفافهم مبنية فعلمت ان الاجابة وضعها على بناء دورهم وقيل الجواب يجري على الاطلاق يعني سواء كانت ذات حوائط اربعة او ثلثة هو الصحيح دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بني للبيتوتة وهذا المعنى موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فيها ما قال لبيد عفت الديار محلها ومقامها بمنى تأبد غولها فرجامها يعفو لازم ومتعد وههنا لازم تأبد المنزل اي اقفر والغول والرجام موضعان تقول عفت ديار الاحباب ما كان منها لازم الحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال النابغة الدار دار وان زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم وهذا ظاهر وقوله والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر لما ذكر في الاصول ان المحلوف عليه لا بد وان يكون معلوما فاذا كان مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى معرف بخلاف المنكر فانه لا معرف سوى الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع الحنث اذا دخل دارا اشترى دارا خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلو اما ان يكون داخلا في المسمى او لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور

في الدخول كالعرصة وان لم يكن داخلا وجب ان لا يحنث الحالف ايضا في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم
رجلا لا ينعقد يمينه برجل قاعد عالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة واجيب
عن الاول بان الدار في العرف لو كانت عرصة بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن والمحلة
وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد اليمين بالعرصة وعن الثاني بان البناء صفة متعينة للدار
لجواز ان يكون مراد الحالف العرصة وفي الرجال التراخم في الصفات ثابت من العلم والقدرة
والحسن والجمال وهذه الصفات بأسرها يمتنع ارادتها عادة وليس البعض اولى من البعض في الارادة
فيمتنع الارادة اصلا كذا في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية ورد بان البناء صفة الدار فكان الدار
محل توارد هما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع واقول في جواب المعارضة المذكور من
التقسيم غير حاصر لجواز ان يكون داخلا في المدلول لا حاجة الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه
عنه ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض اسم اخر عليه ومن ضرورة حدوث
هذا الاسم زوال ذلك الاسم فالتحق بمن قد انعقدت لما سمى دارا ولم يبق وقوله وكذا اذا دخله بعد
انهدام الحمام ظاهر **قال** وان حلف لا يدخل هذا البيت، وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله
بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف
حنث لبقاء الاسم قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية في بيوت متهدمة القعود ولانه يبات فيه فكان السقف
وصفا فيه وكذا اذا بني بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وانه صار بيتا بسبب حادث
واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا في البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا في التروح ومن
حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بالصعود اليه من خارج حنث لان السطح من الدار لان الدار
عبارة عما احاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج
الى السطوح ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن ان السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلامه
لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لا يحنث في عرفنا قال الفقيه ابو الليث في
النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار
واذا دخل دهليزها يحنث ذكره القدوري مطلقا وقال المصنف ويجب ان يكون على التفصيل الذي
تقدم يعني به قوله اذا اغلق الباب بقي داخلا وهو مسقف وقوله واذا وقف في طاق الباب ظاهره
وقوله وهو الاستحسان تقرير القول بالوجوب يعني سلمنا ان الدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول
لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال بدل الانفصال اولى
للكونه حركة ابتداء في نقله وقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب ظاهر وقوله فرق بين وقولهم استحسانا
وحاصل كلامه ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التأقيت
وعدمه كما قيل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا ولا استدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى
فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين اي فلا تمكث قاعدا لانه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعدا
وعلى هذا قالوا اذا قال لها كلما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكثت
مثلها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرار الشرط ونوقض بما لو قال
كلما ركبت وانت فعلى ان اتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم
صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا
ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون

الانشاء الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت لعدم ارتفاعها الا في مجاري كلامهم دخلت يوما
ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه نوى محتمل كلامه تماما وان كان
قوله لا اركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته وقوله
ومن حلف لا يسكن هذه الدار يعني وهو متأهل بدليل قوله ومتاعه واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن
متأهلا بان كان هو ممن يعول لغيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتأهل اذا حلف فاما ان حلف على الدار او المصر او
القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه وان كان الثاني يكفي بنقله الى مصر اخر على ما روي عن
ابي يوسف وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه جعلها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح
والحاكم في ذلك العرف لكن الائمة اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب واعترض على قول
ابي حنيفة رحمه الله بان السكنى كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع فاذا اخرج بعضه انتفى سكناه لان الكل
ينتفي بانتفاء البعض واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء الجزء الحقيقي لا الاعتباري وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي
ان ينتقل الى منزل اخر فلا يتأخر حتى يبقى وقال الشافعي اذ لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او منع ذي سلطة
او عدم موضع اخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة العذر مستثناة خلافا لزفر وكذلك لو سد عليه الباب
فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد احدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من
ينقلها والحق الموجود بالمعدوم للعذر ونوقض بما ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان من قال
ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل
والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور يحنث واجيب بان في مسألة الكتاب
شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة
واما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا
لا يبر وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا دليل الاول ما ذكره في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ
وطنا اخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا وصورته كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بها فلما دخلها
ثم توطن بها بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي فيها ركعتين لان وطنه بالكوفة باق ما لم يتخذ
وطنا اخر فكذا هذا وفي بعض الشروح **قال** قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن اخر اما اذا
كان وبقي على ذلك اياما فلا يحنث في الصحيح وان لم ينتقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة
فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة

باب اليمين في الخروج

والاتيان والركوب وغير ذلك ذكر الخروج هنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول
واما الاتيان والركوب فيما يتحقق بعد الخروج فاستتبعهما ذكر الخروج قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد
وكذلك الحكم في الدار والبيت وقوله ولو اخرجه مكرها صورته ان يحمله انسان فاخرجه مكرها لانه
حينئذ لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكما واما اذا هدده غيره فخرج خوفا من المكره فحنث لوجود الفعل
منه ثم هل تنحل اليمين اذا احتمله مكرها قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت الريح والقته لم يحنث
وانحلت اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لما انه
كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج وقوله والمضي بعد ذلك ليس بخروج يعني ان الخروج
عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد وقوله ومن حلف لا يخرج الى مكة ههنا ثلثة الفاظ
الخروج والاتيان والذهاب والاول شرط الحنث الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا لذلك دون
الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله واراد به الانفصال والثاني شرط شرط الوصول
قال الله تعالى فاتيا فرعون فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا او لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال

نصب بنحن هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال بحضرته هو بمنزلة الخروج
قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا
يشترط فيه الوصول قال المصنف وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة
الصحة دون القدرة اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما سلامة الاسباب والآلات قال الله تعالى ولله
على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والقدرة
الحقيقية وهو نوع حادث يتوقف عليها الفعل عند ارادته بارادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا
قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف
وان عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى حقيقة كلامه
وقيل يصدق قضاء ايضا لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول
هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة حتى لو اذن
لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لا تخرجي الا خروجا
ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه اي ما وراء المستثنى داخلا تحت
الحظر العام ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه مجازا لما اقتضاه
الباء ولو قال الا ان آذن لك فهي على اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت
النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما واجيب بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم
كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرناه في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية تفيد معنى
الغاية لان الا ان موضوعة للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن
منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف
حكم ما بعده **قال** ولو ارادت المرأة الخروج صورة المسئلة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور
وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل
جاء فلان وخرج من ساعته من فوره وتفرد ابو حنيفة باظهاره اي باستنباطه وكان الناس قبله يقولون اليمين
نوعين مؤبد وموقت لفظا ثم استنبط ابو حنيفة رحمه الله هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والموقت
معنى وقد اخذه من حديث جابر رضي الله عنه وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا
واعتبار ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعها عن الخرجة التي تهيأت لها لا منعها عن الخروج
على التأبيد فاذا اعادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له
اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو اراد الرجل ضرب عبده فقال آخر ان ضربته فعبدي حر فتقيد بتلك
الضربة وعلى هذا اذا قال له رجل اجلس تغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال
ان تغديت اليوم يجعل مبتدأ لانه زاد على مقدار الجواب ففي تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة
فان قيل الزيادة لا تضر كونه جوابا للسؤال الا ترى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكأ عليها واهش بها على
غنمي ولي فيها مآرب اخرى في جواب قوله تعالى وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو ان
يقول عصي ولم يخرجه عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث
وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما
ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة
قالوا ان ما يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن من العقلاء ولكن الافعال المسندة الى موسى عليه
السلام لا تكون اوصافا له ولكن لمن كانت لا تكون اوصافا للعصا واقول الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه

عن كونه

عن كونه جوابا البتة وانما يجعل كلاما مبتدأ اذا كان ثمة ما يصرف يمكن حمله عليه اعمالا للزيادة كما في المسئلة وليس
في الآية ذلك فلم ينصرف عن كونه هو ما تلوح الى قوله فيجعل مبتديا وقوله ومن حلف لا يركب دابة فلان
الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوانات اي يتحرك ماشيا على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في
الارض الا على الله رزقها ويتعلق الركوب بها تعين ما يركب مرادا كالفرس والبغل والبعير والحمار والبقر
والجاموس والفيل والفيار واختص العلماء في عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل
والبغال والحمير اخذا من قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر فيها الركوب في هذه الانواع
الثلاثة واما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله والانعام خلقها لكم الآية وبالعرف فانه اذا قيل ركب
فلان دابة لم يفهم منه احد انه ركب البقر او الفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى في جميع ذلك
فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب
دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله هذا اذا لم ينو فاما اذا نوى
ركوب دابة العبد فيحنث الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده
اي فيما ملكه العبد المديون عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اعتق عبدا منه لا يعتق وتلخيص ما ذكرنا المستثنى منه
في قوله الا اذا كان عليه دين وهو القدر الذي اظهرناه وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين
لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال وانه عبد فلان ولم يقل دابة
فلان وشرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للمولى فيختل الاضافة الى المولى فلا بد
من النية وقال ابو يوسف يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق
او دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف
الى العبد فيختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد رحمه الله يحنث في
الوجوه كلها وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك للعبد اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله تعالى اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم
ان ما يصل الى جوف الانسان لا يتجاوز عن اربعة اوجه ماكول ومشروب وممصوص وملعوق فالماكول
ما يأتي فيه المضغ والشرب لا الممضوغ حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى اكلا والمشروب ما لا
يتأتى فيه ذلك فلو حلف لا ياكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه واكل لم يحنث والممصوص
هو ما يحتمل بعلاج اللهاة فلو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فمضغه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل
ولا في الشرب والملعوق هو ما يتناول باللحس بالاصبع واللسان اذا عرف هذا رجعنا الى ما في الكتاب
فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة واما اذا لم يكن فاليمين تقع على ثمنها لانه اضاف اليمين
الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز وما يخرج منه صالح
لكونه مجازا للاتصال اي ما لا يؤكل سبب له اي لما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز
شائع لكن بشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل
والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق اسم
الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في المواضع من الذخيرة وغيره وقوله ومن حلف لا ياكل من
هذا البسر ظاهر وكلامه يشير الى قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف يدعو ذلك الوصف
الى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فيتنزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث من حلف لا ياكل من هذا
البسر او الرطب او اللبن فصير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا

ونحو اللبن استخرج ما فيه فصار كالفالوذج الخاثر فان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب
فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبي مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين
الى اليمين وقد ذكرنا انه لا يحنث عند الشيوخة فكان الواجب ان لا يحنث اجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم
هذا الصبي الى آخره ووجهه ان القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع اسقط اعتبارهما لانه نهى عن هجر
المسلم فمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا
كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في عينه واعترض على دليل
الكتاب فانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يقع محلوفا عليه كما لو قال والله لا يشربن الخمر اليوم
واجيب بان الكلام في ان الحقيقة يجوز ان يترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا فيحمل حملا لامر
المسلمين على الصلاح وان اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه ومن حلف لا ياكل لحم هذا الحمل ظاهر
قال ومن حلف لا ياكل بسرا هذه المسألة في اربعة اوجه اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا
مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة فتفسيره هو
الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطوبة حنث في يمينه في قولهم وكذا اذا لا ياكل رطبا فاكل رطبا مذنبا وهو
الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث في قولهم ولو حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا فيه شيء من البسر حنث في
قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث ولو حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا فيه شيء من الرطب حنث عنده
خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة في انه
يحنث في هاتين الصورتين قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته لما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف
لا ياكل بسرا واكل المذنب بعد اكل الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر وان البسر المذنب على عكسه فكونه
اكله اكل البسر والرطب فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا والاخر مغلوبا الا ترى انه لو ميزه فاكله
حنث بالاتفاق فكذا اذا اكله مع غيره واستشكلها اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء
غالب فشربه لم يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة واشار المصنف رحمه الله الى الجواب عنه بقوله
وكل واحد مقصود في الاكل يعني بخلاف صورة اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء شاع وماع في جميع اجزاء اللبن
فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب وقوله بخلاف الشرب جواب
عن قياسهما صورة النزاع على الشرب وهو ظاهر وقوله ولو حلف لا يشتري رطبا كالبيان للمسألة المتقدمة
وهو ظاهر ومن حلف لا ياكل لحما فاكل السمك لم يحنث والاصل فيه ان اللفظ اذا تناول افرادا وفي بعضها
نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد
بالدم والدم في السمك ضعيف قال المصنف لا دم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه سكن الماء فكان معنى اللحم
قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه اصول الفقه وان اكل خنزيرا او انسانا حنث لانه لحم حقيقي
الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع عن الحرام واعترض بان الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها
بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف تعلق وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة
لان الكفارة تجب بعد يمين تنقض وقد وجد وكون الحنث بامر مباح او حرام لا مدخل له في ذلك اشار الى هذا بقوله
واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وقوله وكذا اذا اكل كبدا ظاهر وقوله ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث
حتى يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان من البر وانما وضع المسألة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على اكل حنطة
لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في
ايمان الاصل وهذه المسألة على اوجه احدها ان ينوي ان لا ياكل حبا كما هي فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث
بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فينعقد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا ياكل ما يتخذ منها لا يحنث بالقضم لانه

باكل

باكل عينها كذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو قضمها
حنث في الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه على ان الحقيقة المستعملة عنده اولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه
اصول الفقه ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول فكانت الحقيقة
متعذرة فيصار الى المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه اي اكله من غير مضغ لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا
عن قول بعض مشايخنا انه يحنث لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرف اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار
الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبده حر فزنى بها لم يحنث لان يمينه لما انصرف الى العقد لم يتناول حقيقة
الوطء **قوله** ولو حلف لا ياكل خبزا على ذكره ظاهر وطبرستان بالفتح هي آمل وولايتها وقيل اصلها تبرستان
لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان وقوله ومن حلف لا ياكل الشواء ظاهر وقوله وهذا
لان التعميم متعذر لان الدواء والمسهل مطبوخ ونحن نعلم يقينا انه لم يرد ذلك فينصرف الى خاص هو متعارف وهو
اللحم المطبوخ بالماء فاما لو اتخذ قلية بالماء لان القلية اليابسة لا يسمى مطبوخا فلا يحنث باكلها ومن حلف لا ياكل
الرؤوس يمينه على ما يكبس في التنانير اي تطم التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل راسه في جيبه فيقصه اذا ادخله
فيه ويباع في المصر لان المراد ذات حقيقة وليس بمراد فيصرف الى المجاز المتعارف وفسره في الجامع
الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض على هذا بان لحم الانسان والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث
بالاكل اذا حلف لا ياكل لحما واجيب بما حاصله الفرق بان الراس غير ماكول الجميع اجزائه لان منها العظم فكانت
الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق واما اللحم فيؤكل جميع
اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا يترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم تكن متعذرة
فهي مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة قلت المهجور
شرعا هو الذي لا يكون شيء من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبي وههنا ليس كذلك فان قيل لما
ذلك لكن لا يطرد في الشواء فان الراس تشوى بجميع اجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة اجيب بان من الراس
ما لا يجوز اضافة الشواء اليه كراس النمل والذباب والادمي فكانت متعذرة ومن حلف لا ياكل فاكهة فاكل
عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة
وقالا حنث في العنب والرطب ايضا يعني لا في القثاء والخيار فكانت المسألة على ثلاثة اوجه في وجه يحنث بالاتفاق
وهو ان يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي
وجه لا يحنث بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثاء لانه يؤكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب
والرمان اذا لم ينوه وكلامه ظاهر الا ما نذكره فقوله زيادة على المعتاد اي على الغذاء الاصلي حتى يسمى الثمار
فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء للمزاح فكاهة لوجود زيادة التنعم فيها وقوله
والرطب واليابس فيه سواء يعني ان ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء لا يعد
فاكهة فيجب ان يكون رطبها كذلك وقوله لانهما من البقول تبعا فان بائع البقول هو الذي يبيعهما لا غير
واما اكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل وقوله ان هذه الاشياء فيما يعد
انها يعني العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان ولهذا كان اليابس منها من التوابل كالزبيب وحب الرمان
او من الاقوات كالتمر العنب بالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها والاصل في هذا ان اللفظ اذا اطلق
على افراد في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان
في اللحم **قال** ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام اصطبغ على بناء المفعول
كذا كان مقيدا بخط الثقات وهو افتعال من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل الخبز بالخل ولو حلف لا ياتدم
اي لا ياكل اداما فكل شيء اصطبغ به فهو ادام ولا يعكس بالخل والزيت واللبن والزبد والملح ادام والشواء

لبس باداما وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف في رواية الاصل وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهذا رواية عن ابي يوسف وحاصل ذلك على ثلاثة اوجه ما يصطبغ به فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها مما يؤكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض والجبن اختلاف جعلها محمد رحمه الله اداما خلافا لهما لمحمد ان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاط ليكون قائما به وحكمية وهي ان لا يؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط ولا يكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما وقوله وتمام الموافقة بالامتزاج جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج ايضا ولم يوجد في هذه الاشياء الا ان يؤتى بها لما فيه من التلذذ بخلاف الخل وغيره من المايعات فانها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب ويتبع فكان اداما والعنب والبطيخ ليس باداما يعني بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف وقوله واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغداء والعشاء والتسحر على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم الطعام الغداء لا اسم الاكل وقوله ولهذا سمي الظهر احد صلاتي العشاء في الحديث ذكر في الايضاح في باب الحلف على الغداء فقال فانه ورد في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم صلى احد صلاتي العشاء ركعتين يريد به الراوي الظهر او العصر وقوله والمعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم يعني ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية وقوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف وهو صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت ولا تعشيت ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يصدق قضاء ولا ديانة لان النية انما تصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض محتملات اللفظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ فلا تصح نيته فان قلت انه ملفوظ تقديرا لانه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ اجاب بقوله والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه فان قيل المقتضى امر شرعي فافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلت يجوز ان يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من ان المقتضى ما لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظا وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى ان لا يساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو ساكن معه لفظا في الدار لا يحنث اجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربع ابو الهيثم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي القمي رحمهم ولئن سلم فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي والاول في معناه فيعم ولا بعد مساعدة من الخروج والسفر فجاز تخصيصهما الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكون منها كرعا اي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب بفيه كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكارعها والكراع مستدق الساق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية وقال صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن والا

كرعنا

كرعنا ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لا نسلم ان الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار اشتمال عموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان وحينئذ يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب ان المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه وقوله ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة ظاهر **قال** ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث علم عدم الماء في الكوز او لم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله اي فيما اذا كان فيه ماء وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه من الجانبين فواضح واعترض على وجههما بان البر متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات الى الاناء ممكنة فكان متصورا واجيب بان البر انما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يتسع فيه غيره فلا يمكن القول باعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان وقوله ولو كانت اليمين مطلقة يعني عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول يعني فيما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما وعنده يحنث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ان يكون فيه ماء واهريق يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق في الوجه الاول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين المؤقت به فقال في المطلق انه يحنث في الحال وفي المؤقت يتوقف حنثه الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجهه ما ذكر ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مؤقتة بوقت ممتد تعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم في جزء منه ويتعين آخره وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال كذا في بعض الشروح وقال في النهاية فابو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت وفي المؤقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والمؤقت يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب واشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الى ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف واشار بقوله كما اذا انعقد ابتداء في هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها **وقوله** ومن حلف ليصعدن السماء على ما ذكره ظاهر واعترض بان تصور البر لو كان كافيا في خلفية الكفارة لوجبت في الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم واجيب بان تصور البر في الغموس بان يجعل الفعل الذي لم يوجد موجودا وهو مستحيل وقوله واذا كان متصورا ينعقد اليمين انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله وايجاب الله يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف الا ترى ان الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم يكن قدرة لمكان التصور والخلف فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم والله اعلم

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين في العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين في الحج والصلاة من انواع الكلام فكذا الجنس مقدم على ذكر النوع ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكليم عبارة عن اسماعه كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماعه نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يمنعه مانع من السماع يسمع وادار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله لتغافله اي لغفلته وقوله وفي بعض روايات المبسوط يريد به ما روي في رواية فناداه وايقظه يحنث في يمينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر في بعض الروايات فناداه وايقظه وهذا يدل على انه متى

باذا مجنث لو كان يقظانا يسمع صوته حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسي والاظهر انه لا يحنث واليه اشار بقوله وعليه مشايخنا والوجه ما ذكره في الكتاب ولو حلف لا يكلمه الا باذنه ظاهر وقوله والاذن يتم بالاذن كالرضا يعني انه اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء او لم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما ان الرضا يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالاذن قلنا الرضا من اعمال القلب فيتم بالراضي ولا كذلك الاذن على ما مر انه اما من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذان وذلك يقتضي السماع ولم يوجد واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا اذا اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع في الاذن واجيب بانا لا نسلم ذلك واجيب بان الاذن هذا فك الحجر من حق العبد والعبد يتصرف باهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن واما في اليمين فلما حرم الكلام باليمين الا عند الاذن صار الاذن مبيحا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو مبني على خصوص العلة وامره واضح عند صولي وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين لان ما يلي اليمين صالح للجلية البرائي جزء كان من اجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقع النكرة في سياق النفي كان اليمين مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهو الغيظ الذي يحمله على الحلف بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين اما لانه نكرة في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التي لا تصلح ان يكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر ما لم يتعين **وقوله** وان حلف لا يتكلم فقرا القرآن واضح وقوله ولو قال يوم اكلم فلانا فهنا ثلاث عبارات نهارا اكلم فلانا وليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاولى لبياض النهار خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية لسواده فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله في مطلق الوقت وما جاء في قول الشاعر ꙰

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ۝ ليالي لاقينا جذاما وحميرا ۝ مراده انه الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع وذكر احد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر وذلك اصل اخر غير ما نحن فيه والثالثة لمطلق الوقت لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة اصولية وقد قررناه في التقرير فان عنى في قوله يوم اكلم النهار خاصة صدق في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا قال الله تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة والمراد به بياض النهار وقوله لانه غاية اما في كلمة حتى فظاهر واما في الا ان فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية وقوله فان مات فلان يعني الذي اسند اليه القدوم او الاذن سقطت اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل عادة الحيوة ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب ان اليمين انعقدت على القدوم او الاذن في حيوته الغائية لا العادة بعد موته وهي غير المعتادة لا محالة ولهذا قلنا اذا قيل لا قتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها وقعت على الحيوة الغائية **قال** ومن حلف لا يكلم عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل تعلق بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة او لا وكل منهما اما ان يكون الاضافي فيه اضافة ملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في اضافة الملك بالاتفاق وكذا في اضافة النسبة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد المعتبر وجود النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امراته او عادى صديقه عنده وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه اي بعين كل واحدة منهما كما في الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه وجه ما ذكر ههنا يعني عدم الحنث وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الجامع الصغير فانه ذكر قول محمد في الزيادات وقول ابي حنيفة في الجامع

الصغير ولم يذكر لابي يوسف قولا وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة انه يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة ان لا يكون فلا يحنث لعدم زوال الاضافة بالبيع وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا او امراة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد حنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله ووجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وما هو التعريف يلغو عند وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمراة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لا نسلم ان الاضافة للتعريف بل لبيان ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل المعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي معنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف ايضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمراة يجوز ان تهجر لذاتها لشومها كما جاء في الحديث واجيب بان ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا وقوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان ظاهر وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لحنث اذا حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغو اذا لم يكن داعية الى اليمين ونعيده كذلك على ما مر من قبل يعني في اوائل باب اليمين في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفته داعية الى اليمين

فصل لما كان المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا ومن حلف لا يكلم فلانا حينا وزمانا او الحين او الزمان ولا نية له على شيء من الاوقات فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد بالزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلوة وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين اي كل ستة اشهر من وقت الطلع الى وقت الرطب ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة اشهر ومعناه ان ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فينصرف اليه اذا لم يكن له نية **وقوله** وهذا اي الانصراف الى ستة اشهر لان القصير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان من اراد ذلك يقول ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت عنه اليمين تحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فائدة فتعين الاوسط وقوله وكذا الزمان ظاهر وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعني يقع على ستة اشهر المعرف والمنكر سواء وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة رحمه الله بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر والمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا واما ان يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله اما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه التأني في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة

أو شهورًا أو سنين أو جمعًا أو أيامًا يقع على ثلاثة أشهر من هذه المذكورات لأنها أدنى الجمع المتفق عليه فكان أبو حنيفة
أيضًا قائلًا بالأربع وهو منكر ثلاثة منها فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الأفراد فكيف حكم
في الجمع وتوقف في المفرد أجيب بأن ذلك تفريع لمسألة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر وكأنه قال من وقف على
معنى الدهر يجب عنده أن يقول في الجمع المنكر ثلاثة كما في الأزمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان
اختلاف الاستعمال فيه أن معرفته يقع على الأبد بخلاف الحين والزمان ويقال دهري لمن قال بالدهر وأنكر الصانع
وحكى الله عنه بقوله وما يهلكنا إلا الدهر وقال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فإن الدهر هو الله تعالى فهذا
اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الإطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون إلا من كمال العلم والورع وقوله ولو حلف
لا يكلمه أيامًا فهو على ثلاثة أيام هو رواية الجامع الكبير وذكر الخلاف فيه بالاتفاق وذكر في كتاب الأيمان أنه على عشرة أيام
عنده كما في المعرف قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع أصح لأنه ذكر الأيام بالمنكر
ولا دلالة فيه على الحصر والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند
أبي حنيفة وقالا على أيام الأسبوع والأصل أن حرف التعريف إذا دخل في اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما يتعلق
عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام ثم بعد
ذلك يقولون أحد عشر يومًا ومائة يوم وألف يوم فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهي إليه لفظ الجمع كانت هي المراد
بخلاف ما إذا حلف لا يتزوج حيث يقع اليمين على الواحد لتعذر صرفه إلى أقصى ما ينتهي إليه اسم النساء عندهما
ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف إليه وإلا ينصرف إلى الجمع جميعًا لعمومه في الأيام المعهودة في عرف الناس أيام الأسبوع فكان
مراده وفي الشهور المعهودة شهور السنة فكانت مراده وهي اثنا عشر شهرًا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه إلى
جميع العمر وقوله لأنه يدور عليها قيل أي لأن الشهور يدور عليها على اثني عشر وكان الظاهر أن يقول لأنها تدور عليه
لكن أولى بالمذكور في الأول وبالأفراد في الثاني وقوله ومن قال لعبده ظاهر وقوله وقيل لو كانت اليمين بالفارسية
يعني مثل أن يقول اكر خدمت كنى مرا روزهاى بسيار تو آزادى إذا خدم سبعة أيام ينبغي أن يعتق لأن في لساننا تستعمل
في جميع الأعداد لفظة روزها كما قال أبو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع إلى العشرة فكذلك أريدت العشرة
أكثر ما يطلق عليه اسم الأيام لأن بعد ذلك لا يقال أيام بل يقال أحد عشر يومًا ومائة يوم وألف يوم وفيما قيل
في تعليل المصنف نظر لأن لفظ الفرد بالفارسي إما أن يفهم منه معنى الجمع أولا فإن فهم ينبغي أن يكون العربي
والفارسي سواء وإن لم يفهم ينبغي أن لا يكون الأسبوع مرادًا أيضًا يمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع ولا
ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لأن لفظ الفارسي وإن أفاد معنى الجمع لكن لا ينتهي إلى العشرة
وتخصص أيام الأسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لأن الحلف بهما أكثر وقوعًا فكان
معرفة أحكامه أهم من غيره ومن قال لامرأته إذا ولدت ولدًا فأنت طالق فولدت ولدًا ميتًا طلقت ولو قال لأمته
وعلق به الحرية عتقت لأن الشرط ولادة الولد وقد تحقق لأن المولود موجود مولود حقيقة وعرفًا وحكمًا أما
حقيقة فظاهر وكذا عرفًا لأنه في العرف يسمى ولدًا وأما شرعًا فلأن الشرع اعتبره ولدًا حتى تنقضي به
العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد وإذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال إذا ولدت ولدًا فهو حر فولدت
ولدًا ميتًا ثم آخر حيًا عتق الحي وحده عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت
على ما بينا أن الموجود مولود إلى آخره لكن الميت لما لم يكن محلًا للحرية انحلت اليمين لا إلى جزاء كما لو قال لامرأته
إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار بعد ما أبانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا إلى جزاء وقوله ولأبي
حنيفة أن مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحياة يعني أن الولد وإن كان مطلقًا في اللفظ لكنه مقيد بوصف
الحياة دلالة لأنه قصد إثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال إذا ولدت ولدًا حيًا ولو

خلاف

خلاف جزاء الطلاق وحرية الأم لأنه أي الجزاء لا يصلح مقيدًا لاستغنائهما عن حياة الولد فلم يكن الشرط إلا ولادة
الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال إذا اشتريت عبدًا فهو حر فاشترى عبدًا لغيره إلخ يعني
حتى إذا اشتراه بعد ذلك عبدًا لنفسه لم يعتق مع أنه جعل اشتراء العبد شرطًا للحرية وعبد الغير ليس محلًا للحرية
عن المشتري لعدم ملكه وأجيب بأن الإضمار إنما يكون لتصحيح الكلام والحاجة إلى إضمار الملك لتصحيح اليمين
كالحاجة إلى إضمار الحياة لأن الحرية بدون الحياة لا يتصور أصلًا وفي ملك الغير يتصور موقوفة على الإجازة
فلا يلزم من وجوب إضمار الحياة إضمار الملك ولو قال أول عبد أشتريه فهو حر على ما ذكره
في الكتاب ظاهر وكذا قوله أول عبد أشتريه وحده وهي من مسائل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال
أول عبد أملكه واحدًا فهو حر فاشترى عبدين معًا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع أن معنى التفرد
فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بأن واحدًا يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضيه في الفعل المقرون
به دون الذات ولهذا أصدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وإن كان معه فيها صبي أو امرأة ولا يصدق
إذا قال وحده فإذا كان كذلك قلنا إذا قال واحدًا أنه أضاف العتق إلى أول عبد مطلق لأن قوله واحدًا
لم يفد أمرًا زائدًا على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه وإذا قال وحده فقد أضاف العتق إلى موصوف بأنه
أول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق **وقوله** وإن قال آخر عبد أشتريه
فهو حر واضح وقوله ويعتبر من جميع المال يعني إذا كان اشتراه في الصحة من ثلث المال يعني على كل حال لأن
شرط العتق آخرية العبد المشتري وهو لا يثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره يتحقق بالموت فكان
الشرط متحققًا عنده فيقتصر عليه ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموت معرف وتقريره أنه لما اشترى الثاني
بعد الأول ثبت صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لأمته إذا حضت فأنت حرة فرأت الدم
لا يعتق لجواز أن ينقطع الدم في ما دون ثلاثة أيام فإن استمر بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت
الدم تبين أن ما رأته كان حيضًا من رأيت الدم إلى هذا أشار الإمام السرخسي ذكره في النهاية وفيه
تسامح لأن ما ذكر في الكتاب من باب الإسناد وما مثل من باب التبين ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل
بيان عدم الاقتصار والإسناد والتبين في ذلك سواء وقوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلاق الطلقات
الثلاث به أي بوصف الآخرية كما إذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثًا فتزوج امرأة ثم امرأة
ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورًا على الموت حتى ترث الميراث وعند أبي حنيفة يقع مستندًا إلى وقت
التزوج ولا ترث وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن يكون بيان الطلاق البائن فإنه به يكون الزوج فارًا
فترث المرأة عندهما **قال** ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة. البشارة اسم لخبر
غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر إلا أنه في العرف تستعمل فيما يسر ويبقى الحزن
ويتحقق من واحد وأكثر فإذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فبشره ثلاثة فإن أخبروه معًا عتقوا لأن
البشارة حصل منهم قال الله تعالى وبشروه بغلام عليم وإن أخبروا متفرقين واحدًا بعد واحد عتق
الأول لأن البشارة حصلت منه ومقصوده ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود رضي الله
عنه وهو يقرأ القرآن فقال من أحب أن يقرأ القرآن غضًا طريًا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد فابتدر
إليه أبو بكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة فسبق أبو بكر عمر بها وكان ابن مسعود رضي الله عنه إذا ذكر
ذلك يقول بشرني أبو بكر وأخبرني عمر وإن قال إن اشتريت فلانًا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه
لأن الشرط أي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهو اليمين فيما نحن فيه ولم توجد
وإنما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لا علته ولا يكون مقيدًا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة
وإن اشترى أباه ينوي به كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافًا لزفر والشافعي وهو قول أبي حنيفة الأول ووجهه

قولهم إن النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق لا علته وإنما هي العلة القرابة فلا يفيد النية عند الشراء وهذا
أي كون الشراء شرطا لا علة لأن الشراء إثبات الملك وهو ظاهر والإعتاق ليس إثباتا للملك لا ابتداء ولا بقاء فكان
بينهما منافاة ولا يكون الشراء إعتاقا ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد
والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء إعتاقا
لأنه لم يشترط غيره وقوله وصار نظير قوله سقاه فأرواه جواب عما يقال لو عطف على فعل آخر بالفاء كان
الثاني ثابتا بالأول والإعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان وإن لطف فلا يكون نفسه ووجهه
أن الفعل إذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالأول في كلام العرب يقال ضربه فأوجعه
وأطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت
الملك للمشتري القريب أو لا فإن أثبته لا يزيله لأن المثبت بعينه لا يكون مزيلا وإن لم يثبته لا يعتق
عليه لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا يقال القريب سبب الملك ولكن ثبوت الملك للقريب إعتاق
لأن الإعتاق إزالة الملك وكون ثبوت الشيء إزالة له محال بالبديهة ولا يقال شراء القريب إعتاق
بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لأنه إذا استحال لأنه لا يلزم أن يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته إزالة
له والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب إعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك
بقاء كما أنه أخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء وهذا لأن العتق لا يقع إلا في الملك فلو لم يقل بثبوت الملك
ابتداء لم يتصور وقوله ومن قال لأمة قد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها
تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف إلى اليمين من وجه والواجب
باليمين ما تستحق حريته بها من كل وجه ولقائل أن يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما أن أم الولد مستحقة
له بالاستيلاد ثم إنها لا تعتق إذا اشتراها بنية الكفارة كما يعتق القريب والجواب أن الاستيلاد فعل
اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد وجهة الشراء فلم يقع عن الكفارة من
كل وجه بخلاف القرابة فإنها ليست كذلك فلم يكن من جهة القرابة جهة في حريته سوى الشراء فإذا اشتراه
ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله بخلاف ما إذا قال لقنة ظاهر **قال**
ومن قال إن تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة إلى السر وهو الجماع
أو الإخفاء لأن الإنسان كثيرا ما يسرها ويسترها عن حرته وإنما ضمت سينه لأن الأبنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة إلى الدهر
دُهري بضم الدال للمعمر والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد أو لم يطلب عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا
عنده وإذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وإنما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح أو بملك الرقبة فإذا
قال إن تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك
وكل ما انعقد في حقه اليمين إذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وقوله وهذا لأن الجارية توضيح لانعقاد
اليمين في حقها وإذا اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق خلافا لزفر رحمه الله فإنه يقول التسري لا يصح
إلا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا
فإن قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء أجيب بأن إثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء
والفرق بينهما أن الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب
والشتم وسائر الأفعال المؤذية مفهوما من النهي عن التأفيف وليس كذلك المقتضى لأن المقتضى لا يفهم
من ذكر المقتضي بل إذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك
مفهوما من التسري بلا تأمل واجتهاد وكان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء ولهذا ذكره صا

الهداية

الهداية وتبعه الشارحون وفيه نظر لأن الثابت بالدلالة ههنا ما يكون بطريق إلحاق صورة بأخرى
بأمر جامع كما في الضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الأذى ولهذا ذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي
أن الدلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك وإنما أقول هذا
اللفظ يستعمل في العرف بمعنى إن وطئت مملوكة وكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا أو يقول هذا
الحكم إذا ثبت عن وجود ولو بالاقتضاء كان مناقضا فلقلنا مؤونة الجدال معه ولنا أن الملك يصير
مذكورا ضرورة صحة التسري وتقريره سلمنا أن ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة
صحة التسري لكونه شرطا وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية
لأنها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء وقوله وفي مسألة الطلاق جواب عن قوله كما إذا قال
لأجنبية وتقريره وما ذكرت من المسألة المذكورة فالأمر كذلك لأنها ثبت فيها ملك النكاح ضرورة
صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى إلى صحة الجزاء حتى لو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا
فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فلم يرد نقضا من حيث أن في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط
ولا يتعدى إلى صحة الجزاء وأما وزان مسألة زفر فهو أن يقول إن تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية
فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد ومن قال كل مملوك
لي حر عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة فيها ولا يعني أن كل واحد من هؤلاء
في الإضافة إلى نفسه يقول لي كامل إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا وإذا كان كذلك دخلوا تحت كلمة كل
فيعتقون وإن قال أردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة أما تصديقه ديانة فلأن لفظ المملوك وضع
للذكر وأما عدم تصديقه قضاء فلأنه عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الإناث
لعتقن لنيته ولو قال أردت المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء
ولا ديانة على رواية كتاب الأيمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم لأن الملك غير ثابت
يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من كل وجه دون وجه بخلاف أم
الولد والمدبر فاختلفت الإضافة فلا بد من النية وقوله ومن قال لنسوة له هذه طالق وهذه وهذه
على ما ذكر في الكتاب ظاهر **وقوله** فيختص بجملة أي بمحل الحكم وهو المطلقة لأن الكلام سيق لإيقاع
الطلاق واعترض بأن العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضا على من لم يقع عليه الحكم والأصل
عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فإنه إن كلم فلانا
الأول لم يحنث وإن كلم الآخرين لا يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه
الحكم منفردا وهذا لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان ولهذا
كان هو مخيرا في الطلاق والعتاق إن شاء أوقع على الأول وإن شاء أوقع على الآخرين وأجيب بأن
هذا الذي ذكر هو رواية ابن سماعة عن محمد فأما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق
بين جواز ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا في أن
الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسألة الجامع هو أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين
يتناول أحدهما نكرة إلا أن في الطلاق والعتاق الموضع موضع الإثبات والنكرة في موضع الإثبات
تخص فيتناول أحدهما فإذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال إحداكما طالق وهذه ولو نص على
هذا كان الحكم كما قلنا أما في مسألة الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله تعالى
ولا تطع منهم آثما أو كفورا فصار كأنه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو
صار كأنه قال ولا هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا هذا ههنا والله أعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزويج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات في الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة إلى ما تقدم أي ما قبل الباب فلذلك قدمه قال في النهاية الضابط في هذه التصرفات لأصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور وفيما لا يحنث شيئان أحدهما أن كل فعل يرجع الحقوق فيه إلى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور وكل ما يرجع فيه الحقوق إلى الآمر وتم ذلك الفعل له يحنث والثاني أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال إلى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث وقيل كلما يستغني المأمور في مباشرته عن إضافته إلى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور وإن كان لا يستغني عن هذه الإضافة يحنث والفقه في ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه إلى من وقع العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد وعن حقوقه وكلاهما يرجعان إليه ومتى رجعت حقوقها إلى العاقد لا إلى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقي عن رجوع الحقوق إليه وهو لا يرجع إليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأمور النكاح والخلع عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والإيداع وقبول الوديعة والإعارة والاستعارة وخياطة الثوب والعا[..] فإن الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضاً بفعل المأمور وأما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور فهو البيع والشراء والإجارة والاستئجار والصلح عن المال وكذلك القسمة ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذه القسمة وعد هذا أظهر معنى كلامه إلا ألفاظاً ننبه عليها قوله إلا أن ينوي استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث إلى الآن ينوي أن لا يأمر غيره أيضاً فحينئذ يحنث وقوله أو يكون الحالف ذا سلطان يعني إذا باشر المأمور حنث لأن مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده ومعتاده الأمر بالغير فلما أمر غيره وفعل المأمور حنث ووقع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضاً لوجود البيع منه حقيقة وقوله لأن المالك أولا ولاية ضرب عبده يلوح إلى أنه لو حلف على ضرب حر فأمر غيره بذلك وضربه المأمور لم يحنث لأنه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره فيه وقوله ووجه الفرق هو الفرق الموعود بقوله وسنشير وحاصله أنه إذا نوى الخصوص في العموم يصدق ديانة وقضاء لأنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه وإذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة وإن كان في ذلك تخفيف عليه لأن الكلام ينصرف إلى حقيقته بغير نية فإذا وجد النية كان الصرف إليها أولى وقوله لأن منفعة ضرب الولد عائدة إليه أي الولد وذكر ضمير المنفعة نظراً إلى الخبر وهو التأدب والثقف **وقوله** ومن قال إن بعت لك هذا الثوب على ما ذكر في الكتاب واضح وحاصل ذلك أن لام الاختصاص إذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فإما أن يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فإما أن يحتمل الفعل النيابة أو لا فإن احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لأجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له أو لم تكن وذلك إنما يكون بالأمر وإن تأخر عن المفعول كان لاختصاص العين به وشرطه كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لأجله أو لم يقع وإن لم يحتملها لا يفترق الحكم في الوجهين أي في التوسط والتأخر بل يحنث إذا فعله سواء كان بأمره أو بغير أمره لأن الفعل إذا لم يحتمل النيابة لم يكن انتقاله إلى غير الفاعل فيكون الأمر وعدمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صوناً للكلام عن الإلغاء ومعنى دس اختفاء والمراد بالغلام إما العبد كما ذكره في الجامع الصغير لقاضي خان وإما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية وهذا هو الصواب لأن ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث لأن المنفعة تعود إليه وقد ذكره المصنف قبل هذا ومن الشارحين من وجه الأول بأن المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما لحقه من العهدة

على الموكل

على الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان كالأكل والشرب وأجاب عن المسألة المذكورة بأن محمداً لم يذكرها وهو مخالف لما ذكرها المصنف بخطئه لأنه ذكر أنه لا حقوق له ترجع إلى المأمور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة **قال** ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم لأن الخيار يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق فيترك الجزاء قيل لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافياً لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسداً وجب أن يترك الجزاء وليس كذلك وأجيب بأن جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح مع المنافي لأن الحرية والإنسانية تنافيه فإذا كان النكاح فاسداً انعقد فاسده بما خالف الدليل فيرجح جانب العدم فصار كأن لم يكن بخلاف البيع لأنه موافق للدليل فكان موجوداً بالإيجاب والقبول في المحل وإن لم يفد الحكم ولو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق أيضاً لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على أصله لأن هذا العتق متعلق بتعليقه والمتعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك إذا علق ورد بأن في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز أصلاً لعدم احتماله التأخير وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال وأجيب بأن العتق يحتاط في تحصيله وهو ممكن بإيقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر إلى مضي مدة الخيار وههنا فرقان فرق بين ما نحن فيه من المسألة وبينها والخيار للبائع

وطولب بالفرق

فإنه قد اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسألة وبين ما إذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار فإنه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند أبي حنيفة وفرق بين الأول بأن الخيار إذا كان للمشتري يتمكن من إسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من إسقاطه وبين الثاني بأن شراء القريب لم يوجد فيه كلمة الإعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق ما لم يسقط وأما في الإيجاب المعلق فإنه يصير قائلاً بعد وجود الشرط أنت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع المسألة في البيع بشرط الخيار يفيد أن البيع إذا كان باتاً لا يعتق وإن وجد البيع بناء على أن العلة مع المعلول في الوجود الخارجي وكما تم البيع زال عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف فيه الشرط فإنهما يتعاقبان فيه ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق وأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وهذا في إعتاق العبد ظاهر وأما في التدبير والأمة فلا بد من بيان لأن المدبر يجوز بيعه إذا قضى القاضي بجواز بيعه والأمة يجوز أن ترتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب وذلك أن الكلام في المدبر ما دام مدبراً وإذا قضى القاضي بجواز بيعه ينفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية إنما كان باعتبار بقاء التدبير وهذا كما ترى غير مخلص لأنه يفيد أن فوات المحلية ببقاء التدبير قد يزول فلا يفوت المحلية فكان الواجب أن لا يقع الطلاق والأولى في البيان أن يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه فإن أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز وبيع ذلك فالأصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفاً للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبراً وأما الأمة فإن من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح أنها تطلق امرأته لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير وقوله ولو قالت المرأة لزوجها ظاهر وقوله لأنه زاد على حرف الجواب أي أصله لأنه لو أراد الجواب المطابق لقال إن فعلت فهي طالق فلما ذكر كلمة كل دل أن مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ

العبد

دون خصوص السبب فكان مبتدأ وقوله وقد يكون غرضه اجابتها جواب عن قوله بأن الغرض رضاؤها

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لأن في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها والتأخير عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه في وجه يلزمه اما حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شيء لذلك وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الأول ففيما اذا قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي رواية النوادر او الى بكة سواء كان في الكعبة او في مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة يخرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله والقياس ان لا يلزمه بهذا القدر شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة لان المشي امر مباح ولا مقصود في الاصل يعني لذاته لان المقصود منه شيء آخر لا نفسه فكان القياس ان يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف اما الاثر فما قال محمد رحمه الله في الاصل بلغنا عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا ركب وذبح شاة لم يكن به كذا في بعض الشروح ولكن ليس بمطابق فيما نحن فيه لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روي عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسألة بايجاب حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخ رحمه الله في شرحه ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحجة او عمرة واما العرف فما ذكره في الكتاب أن الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ بطريق المجاز من باب ذكر السبب وارادة المسبب ولهذا لم يفرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او في غيرها فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة يجب ان ينبغي ان لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه ضرب الحطيم هناك بثوبه وانما يجب اهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه اجيب بان الحج ماشيا فضيلة ليست له اذا كان قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم وقيل وما حسنات الحرم قال عليه السلام واحدة بسبع مائة فاعتبر لفظه لايجاب المشي لاحراز الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك للتعارف وفيه نظر لانه يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز والاولى ان يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج او العمرة ماشيا لان الحقيقة مراد بلفظه ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني ففيما اذا قال علي الخروج او الذهاب او السعي او السفر او الركوب او الاتيان الى بيت الله او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث ففيما اذا قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء عليه كما لو قال علي المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه حجة او عمرة لان الحرم شامل للبيت وكذلك المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف حتى يصير مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام ظاهر وقوله لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا وتوضيحه مسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على نفي شيء احاط علم الشاهد به واجاب الامام

قاضي خان

قاضي خان رحمه الله أن هذه الشهادة شهادة قامت على أمر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامام العلامة في التحقيق شمس الأئمة فخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فالتمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس مختار المصنف لانتسابه الى الحرج قال ومن حلف لا يصوم ظاهر وقوله لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا اورد عليه ما لو قال والله لا اصوم من هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب او بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقدر باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم الشرعي بعد الاكل او بعد الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة قامت على ان المراد به ليس الصوم الشرعي وهو كون اليمين بعد الاكل او بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوي لانعقاد يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف اليه ولو حلف لا يصلي ظاهر وقوله لا يحنث ما لم يصل ركعتين قيل عليه ينبغي ان لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لان الصلوة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشيء لان الركعتين عبارة عن صلوة تامة وتمامها شرعا انما يكون بالقعدة اشار الى ذلك تعليله بقوله لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا والله اعلم

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل اما لان اليمين به اكثر وقوعا وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي اي صدقة اتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح وقوله والمعتاد هو المراد يعني فصار كأنه قال من قطني ومن قطن سيملكه وذلك سبب اي الغزل من قطن الزوج سبب لملك الزوج لما غزلته وقوله ولهذا ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لان يملك الزوج غزلها مع ان القطن ليس بمذكور وهناك وما ذاك الا باعتبار ان غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا وقت الحلف او لم يكن وقوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء ويكون للآدمي هو ما يتحلى به النساء من ذهب او فضة او غيرهما جوهر واستدلت باباحة استعماله للرجال على ان الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم او له ولغيره لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا وان كان من ذهب حنث يعني كيف ما كان يعني سواء كان فيه فص او لم يكن قيل الخواتيم تلبس الذهب مطلقا والفضة المفصوصة والحالف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصوصة فلا يحنث بلبسه وقوله ولو لبس عقد لؤلؤ ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله حتى سمي به في القرآن اي بالحلي يريد به قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله يحلون وقوله ومن حلف لا ينام على فراش يريد على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقته منكرا لحنث في هذه الصورة ايضا لانه نام على فراش وقوله لانه تبع له فلا يعتبر حائلا يشير الى انه لو نزع ثيابه وطرحها على الارض وجلس عليها لم يحنث لانه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله ولو حلف لا يجلس على سرير ظاهر مما تقدم والله تعالى اعلم

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم ذكر المناسبة في الباب المتقدم ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وهو لا يتحقق في الميت لانتفاء الايلام

فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد برّ أيوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا
الذي ذكر ولم يوجد الإيلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من الريحان أو حشيش فلم يكن لمجموعه
إيلام فكيف لأجزائه وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق أيوب عليه السلام خاصة إكراما له
لبرّه في حق امرأته تخفيفا عليه لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا إذا لم يكن لأجزاء الضغث إيلام
على ما ذكرنا في تفسير الضغث وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الضغث عبارة عن عرق فيه من النخل أن يصيبه
الواحد منها فكان حكمه باقيا في شريعتنا أيضا وتمام الكلام فيه في الكشاف وذكر في شرح الطحاوي ومن حلف
ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة إن وصل إليه كل سوط منها بر في يمينه والإيلام شرط فيه
لأن المقصود من الضرب الإيلام وقوله ومن يعذب في القبر جواب عما يقال قولكم الإيلام لا يتحقق
في الميت يشكل بعذاب الميت في القبر وقد يقول العامة احترازا عن قول أبي الحسين الصالحي فإن الميت عنده
يعذب من غير حياة لتعذيب الميت وقوله وكذلك الكسوة يعني إن قال كسوتك فعبدي حر فكساه بعد الموت
لا يحنث وقوله لأنه يراد به أي بالكسوة على ما ذيل الإكساء التمليك عند الإطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من
الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به أي بالكسوة الستر حينئذ يحنث لأن فيه تشديدا عليه وقوله وصل بالفارسية ينصرف
إلى اللبس دون التمليك وهو قول الفقيه أبي الليث ومعناه أنه يحنث لأنه إذا حلف لا يلبس فلانا فألبسه وهو
حنث لأن الإلباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله وكذا الكلام والدخول يعني إذا حلف
لا يكلم فلانا أو حلف لا يدخل على فلان فكلمه أو دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه لأن المقصود من الكلام الإفهام
والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فإن قيل قد روي أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم كلم أصحاب القليب حيث سماهم بأسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني
ربي حقا أجيب بأن ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله ويتحقق ذلك يعني التطهير في الميت ألا ترى أن من
صلى وهو يحمل ميتا مسلما لا يجوز وإن كان مغسولا جازت ومن حلف لا يضرب امرأته فمدّ شعرها أو خنقها
أو عضها لأنه اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وقد تحقق الإيلام في هذه الأفعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة
وإن أوجعها وآلمها لأنه لا يسمى في العرف ضربا بل ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الإمام فخر الإسلام وقوله ومن
قال إن لم أقتل فلانا ظاهر وقوله هو الصحيح احترازا عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم أن الكوز
لا ماء فيه فحلف وقال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروي عن
أبي حنيفة رحمه الله في رواية أخرى أنه لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر لأنه عقد اليمين على شرب
الماء الموجود في الكوز والله تعالى وإن أحدث في الكوز ماء فليس هو الذي كان موجودا في الكوز
وقت اليمين لأن الماء الذي أضاف إليه الشرب لا يحتمل الوجود إذ الحادث غيره بخلاف مسألة القتل إذا كان
يعلم بموت فلان لأنه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فإذا أحياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى فأماته
الله مائة عام ثم بعثه وكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعادي منسوب إلى العادة كالاعتيادي فإن الأشياء
تحدث في البنية

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من أوائل ذوات المقاصد في المعاملات وغيرها أجرى اليمين التي يتعلق بها وخص الدراهم
بالذكر لكونها أكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعد
لأن التقاضي سبب القضاء والقبض ملقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون وأقول
جميع ما ذكر في الكتاب من المسائل معناه على التقاضي على ما أصرح بذكره عند ذكر كل مسألة والأصل في
هذا الباب أن الديون تقضى بأمثالها وأن العيب لا يعدم الجنس وأن ما دون الشهر قريب وما فوقه بعيد
قال ومن حلف ليقضين دينه يقاضي الرجل دينه وإذا حلف غريمه ليقضين دينه إلى قريب

فهو

فهو ما دون الشهر وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر أيضا بعيدا لأنه في العرف
يعد بعيدا وإن ذا في التقاضي فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نبهرجة أو
مستحقة بر في يمينه لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وباقي
في كتاب البيوع وقوله فوجد شرط بره يعني قضاء دينه في اليوم وقبض المستحق صحيح ألا ترى أنه لو اشترى
بها شيئا فأجازها المستحق بقي البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحق لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده أي برد
ما قضى من الزيوف والنبهرجة والمستحقة البر المتحقق لأن اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض
كالكتابة فإن مولى المكاتب إذا رد البدل لكونه زيفا أو نبهرجا أو استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف
قضاء الدين فإنه ينتقض برد المقبوض بعيب أو استحقاق لأن مبناه المقاصة وقد زالت وقوله وإن
وجدها رصاصا ظاهر وقوله لأن قضاء الدين طريقه المقاصة بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير
مضمونا عليه لأنه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله أي مثل ما في ذمته
فيلتقيان قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع لأن ثمن العبد صار مثل الدين فيكون قضاء عن الأول وإنما كان
طريق قضاء الدين حقيقة لا يتصور لأن القضاء يضاد العين وحق صاحب الدين في وصف ما في
الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بأمثالها وقوله وكأنه شرط القبض كأنه إشارة إلى الجواب عما يقال
لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه أن اشتراط القبض لكون
هذا الدين الذي للمشتري عليه لأن ما له من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل لأنه على شرف
السقوط بموته وإذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان وإن وهبها له أي إن وهب الدائن دينه
للمديون لم يبر الحالف لعدم المقاصة لأن المحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست فعله لأنها إسقاط
من صاحب الدين وإنما قال لم يبر لأنه أعم من الحنث فكأنه أشار بذلك إلى أنه لم يبر ولم يحنث عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لفوات المحلوف عنه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما حجة في بطلان اليمين
في مسألة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين وفيه نظر لأنه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو
فاسد يقينا لأن البر نقيض الحنث ثم وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود
الآخر فلا يجوز أن يرتفعا جميعا وأقول ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف
بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك فإذا بطل اليمين لفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس
فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما وإذا تقاضى دينه فقال أقبضها جميعا فحلف لا يقبض دينه درهما دون
درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع متفرقا لأن شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق
لأنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه وهو اسم لكل ما له عليه فينصرف إليه والمركب ينتفي بانتفاء
جزئيه فإذا وجد أحدهما دون الآخر لم يحنث وههنا إن فات عدم التفرق لم يفرق لم يوجد قبض الجميع ولو
فإن قبض دينه في وزنين ظاهر ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا أملك ذلك المقدار فلم يصدقه
فقال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك إلا خمسين درهما لم يحنث لما ذكره في الكتاب
وقوله ولأن استثناء المائة استثناء ذكرها جميع أجزائها يعني فكان استثناء الخمسين داخلا فلا يعتبر استثناء المائة
لأن الخمسين من أجزاء المائة لا يحنث

مسائل متفرقة

أي هذه المسائل
التي ذكرها مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين ذكر ما شذ من الأبواب في آخر الكتاب وإذا حلف لا يفعل
كذا تركه أبدا اليمين على فعل الشيء أو تركه لا يخلو إما أن تكون مؤقتة بوقت كيوم وشهر أو مطلقة فإن كان
الثاني فإن كان النفي وهو المذكور في الكتاب فإن كان على الترك تركه أبدا وإن كان على الفعل يفعله
مرة على أي وجه كان ناسيا أو عامدا مختارا أو مكرها أو بطريق التوكيل لأن الفعل مشتمل على مصدره

اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فيوجب عموم الامتناع وفي الاثبات يخص فان فعله في صورة لنفي مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة بر وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت محل الفعل وان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع اليأس بموته او بفوت المحل لان الوقت مانع من الاخلال اذ لو اخل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة واذا اختلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر اي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة ولئن يلزم الاعلام حال دخوله وانما يلزمه ان لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالي او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اي من الاعلام شر اي شر نفس الداعر او شر غيره بزجره فان الوالي اذا اوجره وادبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت في قصده وتبينه وهذا المقصود انما يفيد فايدته اذا كان الوالي قادرا على نفعه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف انه قال يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضا لانه مقيد في الجملة وقوله ومن حلف ان يهب على ما ذكره في الكتاب واضح واختلف اصحابنا في ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال يثبت الا انه بالرد ينتقض دفعا للضرر لمنه ومنهم من قال بعدمه لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه يملك من الجانبين فكان تمامه بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لان اسم لما لا ساق له ولما ساق قيل هذا التفسير الامام فخر الاسلام وتبعه الصدر الشهيد والمصنف وفيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله اسم لما لا ساق له ان لساقه رائحة طيبة كالورق فاضطر عليه لفقهاء وان لم يثبت في اللغة على ان نفيه في اللغة موقوف على الاستقراء التام في اوضاع اللغة وهو متعذر وقيل في الضابط بين الورد والريحان ان ما ينبت من بزره ما لا شجرة له ولعينه رائحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر والورقة وللعينه مستلذة فهو ورد ومن حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا اي ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشراء يبنى عليه اي على البيع وهذا اي عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه اي الورد حقيقة فيه اي في ورق الورد والعرف مقرر له اي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني ان اسم الورد على الورق حقيقة وفي العرف ايضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة وفي البنفسج قاض عليه اي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي رحمه الله لا على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا في اسم البنفسج على حقيقته والله اعلم

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها التي هي دائرة بين العبادة والعقوبة اورد عقبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما انها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال واما سببها فسبب كل منها ما اضيف اليه حد الزنا حد القذف وغيرهما واما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب وقوله الانزجار عما يتضرر به العباد يريد به افساد الفراش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى ان الحدود يشتمل على مقصد اصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير اصلي وهو الطهرة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زواله لانه لا يوجد بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا يظهر عن ذنبه لانه لا جزاء الحد عليه **قال** الزنا يثبت بالبينة والاقرار والزنا يمد ويقصر فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق

اباحاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل المرأة خالية عن الملكين وشبهتهما الاشتباه وتمكين المرأة عن ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زناء ولهذا يثبت به الغسل والمكلف ليخرج الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وشبه ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها وما اشبهه وشبهه ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه او عبده والماذون المديون وشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف والمراد ثبوته عند الامام وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلها ويتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما انحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه لم يحر في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون وقوله معرة ومضرة المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى ما ظنه من لحوق العار بانتسابه الى الزنا وقوله فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود الخ وقوله ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر احتراز عن قول من يقول ان اشتراط الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بهما فعل الاثنين وانما الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله وهو اي الستر مندوب اليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اصاب منكم من هذه القاذورات فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة والاشاعة ضده اي اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان الستر امرا مندوبا اليه كانت الاشاعة امرا محذورا واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ما هو احتراز عن الغلط في الماهية وكيف هو احتراز عن الغلط في الكيفية واين زنى احتراز عن الغلط في المكان ومتى زنى احترازا عن الغلط في الزمان وعن المزنية احترازا عن الغلط في المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل اما الاول فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سال ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لكونه صريحا في الباب والباقي كناية واما العقل فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عادة فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة او زنا في دار الحرب وهو لا يوجب الحد او في المتقادم من الزنا وذلك يسقط الحد او كانت له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدراء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وهو بيان كيفيته وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدراء لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بذلك قال ادرؤوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه الى الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبنى على الدراء فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين الديون ياتي ان شاء الله تعالى **قال** والاقرار ان يقر العاقل البالغ صورة المسالة ظاهرة على ما ذكره وقوله اعتبار اسائر الحقوق يعني في باب الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار

فكذلك ههنا وقوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة يعني أنها تفيد زيادة في طمأنينة القلب وتكرار الكلام
ليس كذلك ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فإنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني
فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك
فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم
الآن أقررت أربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فأبى إلا أن يقر بصريح الزنا
فقال أبك خبل أبك جنون وفي رواية بعث إلى أهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأل عن إحصانه
فأخبر أنه محصن فأمر برجمه وعن أبي بريدة رضي الله عنه قال كنا نتحدث في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على أن هذا
الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار إليه بقوله فإنه أخر الإقامة وبيانه أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر إقامة الحد إلى أن تم الإقرار أربع مرات فلو كان الإقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر
لأن إقامة الحد بعد ظهوره واجبة وتأخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قال قائل إذا لم يثبت
الحد بإقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر وإذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لأن العقر
والحد لا يجتمعان في وطء واحد أجيب بأن الإقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر
بالإقرار مرة واحدة وإنما الحكم موقوف فإن تمت الحجة وجب الحد وإن لم تتم وجب المهر فإن قيل إنما أعرض النبي صلى
الله عليه وسلم لأنه استراب في عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون إلا أنه لما أصر على الإقرار وداوم عليه
نفي العقل فلعله بعد ذلك تكرر له الشبهة بالسؤال فقال أبك جنون أبك خبل أجيب إنما تغير الحال لذل
التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وإنما قال رسول الله أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك
وطئتها للترجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال للسارق أسرقت ما إخاله سرق والدليل
عليه ما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثا إن أقررت الرابعة رجمك فثبت أن هذا العدد
كان ظاهرا عندهم وقوله ولأن الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره
أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة نصابها ههنا ذلك فلما كانت إحدى الحجتين مختصة بزيادة ليست
في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الأخرى إعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما
روينا من أنه صلى الله عليه وسلم أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس ولأن لاتحاد
المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده أي عند الاتحاد تتحقق شبهة الاتحاد في الإقرار ألا ترى إلى ما جاء في حديث
ماعز من إقراره خمس مرات وكان منها مرتان في مجلس واحد فلم يعتبر ذلك ولم يذهب إليه أحد من المجتهدين
والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجالسه أي في وجوب الحد
وقيل يعتبر مجلس القاضي ورده المصنف بقوله دون مجلس القاضي وقوله والاختلاف بأن يرده القاضي
ظاهر وقوله لأن تقادم العهد يمنع الشهادة دون الإقرار قيل له إن التقادم في باب الشهادة على الزنا
وقوله كما إذا وجب بالشهادة يعني أن الحد لا يبطل إلا بإنكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل
بإنكاره بعد الإقرار لأنهما حجتان فيه فيعتبر أحدهما بالآخر وصار كالقصاص وحد القذف لا يقبل الرجوع
بعد الثبوت بالإقرار وقوله فيتحقق الشبهة في الإقرار يعني بالتعارض الواقع بين الإقرار وبين الخبر المحتمل
للصدق والكذب من غير ترجح لأحدهما وقوله وهذا أقرب من الأول في المعنى أي قوله لعلك لمست أو قبلتها
أو وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مشتبها في المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع لما أنه
لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد **فصل في كيفية الحد وإقامته**
ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لأن إقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فأخره ذكرا وكلامه واضح وقوله

وعلى هذا

وعلى هذا إجماع الصحابة رضي الله عنهم أي على وجوب الرجم إذا كان الزاني محصنا وذهب الخوارج إلى
أن الحد في الزنا الجلد ليس إلا لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد وذلك خرق منهم للإجماع على أن حديث ماعز
مشهور تلقته الأئمة في الصدر الأول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائز وقوله فإن امتنع الشهود
قال في الإيضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيابا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمي بعضهم
أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين
عن أبي يوسف رحمهم الله وروي عنه أنهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس وكذا في الرجم
أيضا فعلى هذا إنما قيده بظاهر الرواية راجع إلى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور إلى آخره وليس
بمحض وكذا إذا ماتوا أو غابوا وإذا سقط بامتناع أحدهم هل يحد الشهود أو لا ذكره في المبسوط أنه
لا يقام الحد على الشهود لأنهم ثابتون على الشهادة وإنما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون
رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم أن ظاهر الرواية يقتضي اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل
والغامدية امرأة من غامد حي من الأزد وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وقوله
إلا أنه انتسخ في حق المحصن بيانه أن قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا الآية عام في المحصن وغيره
إلا أنه انتسخ في حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها روى ابن عباس رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب
خطب فقال إن الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب وكان فيما أنزل عليه آية الرجم
فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده ورجمنا من بعده وإني خشيت
إن طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى
فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصنا إذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف وأيم الله
لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة
نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فكان
هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرف القلوب عن حفظها
بعلمها الله وقوله بسوط لا ثمرة له قال في الصحاح ثمر السياط عقد أطرافها ومنه يأمر الإمام بضرب بسوط لا ثمرة
له يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لأنه إذا كان له ذلك يصار الضربة ضربتين وهذا أصح
لما روي أن عليا رضي الله عنه حد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة
ضربتين والأول هو المشهور في الكتب والمبرح هو الجارح من برحاء الحمى وغيرها يقال برح به الأمر تبريحا
أي غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذي هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كأنهم فرقوا بذلك الجمع
بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وإنما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع إفراده في شيء وهو الوجه لأنه أراد
به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم شابت مفارق رأسه كذا في الصحاح وقوله من دعاة الكفر والدعاة
جمع داع كالقضاة جمع قاض أي كان يدعو الناس إليهم وقوله لأنه زيادة على المستحق فإن قالوا الآن لعجزهم عن
الضرب فإنما فلا بأس حينئذ ببدء البداءة ونحوها **قال** وإن كان عبدا أو أمة إن
كان من زنى عبدا أو أمة جلده الإمام خمسين جلدة لقوله تعالى فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب نزلت في الإماء ودخل تحت حكمها العبد وهو خلاف المعهود لأن المعهود أن يدخل النساء
تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكان هذا الأسلوب والله أعلم بناء على أن أسباب السماح فيهن ودعوهن
إليه كما في تقديمهن في قوله تعالى الزانية والزاني والعذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم لأنه لا
يتنصف وقوله لأن الجناية عند توافر النعم أفحش أصله قوله تعالى يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة
مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله لما روينا يعني من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال

في الحدود ثيابنا وأثنا فعوذا الثندوة بفتح الأول والواو وبالضم والهمز مكان الواو والذال في الحالين
مضمومة ثدي الرجل أو لحم الثديين والهداية انما هي بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم هي من العرب
وقوله لما روينا يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة وقوله والربط والامساك غير مشروع
يعني الا ان يعجزهم كما ذكرناه وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود رواه
ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم والثلثة الباقية الصدقات والجماعات والفيء وقوله ولان
الحد حق الله تعالى وحق الله مشروع تعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلا فان حق العبد
تعلق صيانة ما له بها فلهذا ابيح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المرأة ولا باباحة اهلها وتمام التقرير
فيه مذكور في التقرير وقوله واحصان الرجم انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه
غير هذا على ما يجيء ان شاء الله احصان الرجم مشروط بسبع شرائط ان يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج
امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهي على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتأخرون فقد قالوا شرط
الاحصان على الخصوص منها شيئان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله وهذا الشرط الثاني
مركب من ثلثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط الاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما واما الحرية
فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف رحمه الله وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ
شرطا لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرط التكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة تتغلظ عند
تكبرها وتغلظه تستدعي اغلظ العقوبات وهذه الاشياء من جلائل النعم فكفرانها يكون سببا لاغلظ العقوبات
وهي الرجم بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه وانحصار الشرائط على هذا العدد لان الرجم لا
تدرك عند اجتماعها فناطها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلائل النعم ايضا لان الشرع
لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالرأي متعذر وقوله ولان الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط تتضمن
ان لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية ممكنة من النكاح
الصحيح لان الحر يتولى امور نفسه لكن حتى لا يحد ولا يأبه احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال لا محالة والوطي
به شبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية
عند توافر الزواجر اغلظ ولقائل ان يقول في العلم باحوال الاخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا
والعقوبة اجلا من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف مزدوع عن
كون معرة الزنا وعقابه فكان الواجب من شرائطه والجواب ان المسلم الثاني فلما تخلوا عن العلم بما ذكرت
والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا يكون معتبرة واما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان
عند الدخول فيذكره والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رحمه الله في رواية
مستدلين بما روي مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له
ان رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شأن الزنا فقالوا نفضحهم
ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها اية الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فجعل احدهم يده بيانه
على اية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام رضي الله عنه ارفع يدك فرفعها فاذا فيها
اية الرجم فقال صدق يا محمد ان فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما قلنا ذلك كان بحكم
التورية ثم نسخ يؤيده ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنهما من اشرك بالله فليس بمحصن وقوله والمعتبر
في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه يشابه
ما تقدم من قوله والاصابة شبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث
رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقي عسيلته الصغير وقوله وشرط صفة الاحصان فيهما ظاهر

وقوله

وقوله كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة واجيب بان تصويره ان يكونا كافرين فاسلمت
المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما
زوجان وقد هو وابو يوسف يخالفهما في الكافرة اي في ان اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان
الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا والحجة عليه اي على ابي يوسف رحمه
الله ما ذكرناه يعني من قوله ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين وقوله وقوله عليه السلام معطوف على قوله
ما ذكرناه لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ذكره شمس الائمة مرسلا
في مبسوطه **قال** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ◦ ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية
عن احمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه انه صلى الله عليه قال الثيب بالثيب جلد مائة ورجم
والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا
الصحابة بعده عليه السلام وحديث عبادة بيان لقوله تعالى او يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده
فيكون ناسخا وقوله ولان الجلد ظاهر وقوله والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا بنفي الرجل
والمرأة جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان التغريب من تتمة الحد فكان
الرجل والمرأة في حق الحد سواء فكذلك في حق التغريب ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة
المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشأ من الصحبة والموانسة
والتغريب قاطع لذلك ولنا قوله تعالى فاجلدوا واجعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء رجوعا
نصب على المصدر ومعناه ان الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم انه هو
الجزاء الا ترى انه اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق لم يكن جزاء الشرط الا ما هو المذكور
بعد الفاء وقوله او الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون النفي موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره
كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل
بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز وقوله ولان في التغريب ظاهر وقوله ثم فيه اي في
التغريب قطع مواد البقاء يعني ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس فربما يتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح
وجوه الزنا لا زدياد شهوته **وقوله** وهذه الجهة مرجحة لقول علي نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح ان هذه
الجهة من العلة اقوى من علة الخصم لشهادة قول علي الصحة ما قلناه ووجه الكسر ان الخصم لما صحح نقل
علي رضي الله عنه قال المصنف هذه الجهة من جهات العلل يؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة
داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكوة فاعلون وفي الوجه الاول كانت للتعليل
فان قيل الاصل ان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه العلة جهة فكيف صلحت مرجحة اجيب بان هذه
الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي باقية مع ان النفي ليس بحكم واجب في الحد فتصلح للترجيح ففي مثل هذا النوع
يذكر التعليل موضحا بعضها بعضا وما ارى اختيار المصنف رحمه الله لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا
في النهاية وقوله والحديث يعني قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله
عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قيل يعني في طريقة الخلاف
فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه بيان لكونه الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين ان الناسخ ما هو
وحاصل ذلك ان حكم الزناة في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء للاثنين
فانتسخ ذلك بقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله
تعالى الزانية والزاني والدليل على ان الحديث تقدم على قوله تعالى الزانية والزاني قوله عليه السلام
خذوا عني والله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين والبول

اشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه اي ذلك في حديث العسيف دال على انه مقدم على قوله
صلى الله عليه وسلم استقر هو الثبوت وهو جواز المثلة فلذلك ههنا دل الدال على ان الحديث مقدم
على قوله تعالى الزانية والزاني ومما ذكرنا هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله
الا ترى ذلك مصلحة استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راى الامام تغريب انهم
الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال
فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعضهم عن بعض الصحابة رضي الله عنهم روي ان ابا
بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قائلة تقول • هل من سبيل الى خمر فاشربها •
او هل سبيل الى نصر بن حجاج • الى فتى ماجد الاعراق مقتبل • سهل المحيا كريم غير ملحاح • فطلب نصرا ونفاه
وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة طرات له فقال ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك
وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلي جلد زانيا ونفى ثم قال كفى بالنفي
فتنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير وقوله واذا زنى المريض الى اخره ظاهر وقوله قال الغامدية رضي
الله عنها لما اقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم
ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت تائبة واقرت فقال ارجعي حتى تسقي ولدك فقالت اخاف
ان اموت قبل ان اخذ فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمها فدل ان الحكم هو
التاخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب

باب الوطي الذي يوجب الحد

وما لا يوجبه • لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجبه وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في اول
كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بانه غير منعكس لان الزنا يصدق على فعل المراة هذا الفعل ولهذا اطلق
قاذفها بالزنا حد القذف وهذا تعريف وهو قوله وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق
عليه واجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمراة تدخل فيه تبعا لما يجيء بعد هذا ان كل موضع
يجب فيه الحد على الرجل يجب على المراة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المراة فان قيل قوله لانه فعل
محظور تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبار
انتفاء الشبهة في تحقق الزنا وتقرير كلامه انما اعتبروا ان يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد
فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكلام في الحظر عند التعري
عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت
وليس بثابت على ما قالوا نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه اي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليس بشبهة في
حق من اشتبه عليه حتى انه حرام علي فالاولى تحقق في حق من اشتبه عليه لو قال علمت انها حرام علي حد وشبهة في
المحل وتسمى شبهة حكمية وتسمى شبهة ملك ايضا فانها لا توجب وان قال انها حرام علي فالاولى تحقق في حق من اشتبه
عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امراته تحل له بناء على ان الوطي نوع استخدام
والاستخدام حلال فكذا الوطي فيكون تحققها بالنسبة الى الظان والثانية تحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته
لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها وهذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق
الحديث لكن الاولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير والنسب يثبت في الثاني اي في الوطي الثاني
وقيل اي في المذكور الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض اي خلص زنا
في الشبهة الاولى وان سقط الحد الحد لامر راجع اليه اي الى الواطي وقيل هذا اي ليس يجري على عمومه
فان المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لان هذا وطي في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح
المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي ان تكون كالمطلقة ثلاثا وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع الاشتباه

فيمنع

فيمنع الحد وان قال علمت انها حرام علي وقالت الجارية ظننت انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المراة فلدعوى
الشبهة واما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا اسقط الحد عن المراة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجي
فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلقة ثلاثا حتى لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان وجهه بقاء بعض
الاحكام بعد الطلقات الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد
يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف في ان من طلق امراته ثلاثا هل يقع او لا فينبغي ان يصير
ذلك شبهة في اسقاط الحد اجيب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد
الطلاق الثالث بالمال لان اذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي
حرام على ما يجي وشبهة ام ولد اعتقها مولاها هي ما قلنا في المطلقة الثلث وهي في العدة من قيام الفراش
فكان الظن في موضع الاشتباه وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية
من ماله فجاز ان يظن حل الانبساط فيها بالوطي والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود
يعني اذا قال المرتهن ظننت تحل لي لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن او لم يدع كما
في الجارية المشتركة لانها وطي جارية انعقد له سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن
واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال وتحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره في
كتاب الحدود وهو ان عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة
فانها لا تفيد ملك المتعة بحال فما اورث قيامها في المحل شبهة حكمية ولهذا لا يجب عنه الحد لشبهة او لم يشبه
كما في الجارية المستاجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال في الجملة
سبب لملك المتعة اذ لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل يثبت
لهذا القدر ملك المتعة او لا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب
ملك بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما ينعقد له الملك حالا فقيام الجارية
وملك المال حالا فقيام الجارية بسبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك
مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة في حال من الاحوال فكان بمنزلة
ملك المنفعة ثم عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها جارية ابنه لقيام المقتضي للملك وهو
قوله انت ومالك لابيك والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية او
بائنة والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لان اليد التي لها متسلطا على الوطي باقية بعد فصارت شبهة
في المحل والممهورة في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد والمشتركة لقيام الملك في النصف والمرهونة في حق
المرتهن في رواية كتاب الرهن وقد ذكرنا وجهه ففي هذه المواضع لا يحد بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة
هو ما كان راجعا الى الفاعل والقابل وثمة شبهة اخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت
به سواء كان العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا فيه وسواء كان الواطي عالما بالحرمة او جاهلا بها وعند
العلماء الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفت هذا فان
هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو اوضح مما ذكرناه وقوله وقد نطق الكتاب
يعني قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد ولا يعتبر قول المخالف فيه يريد به قول الزيدية والامامية فان الزيدية
تقول اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شيء اصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون انه
قول علي رضي الله عنه لانه خلاف لا اختلاف والفرق بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا
والخلاف ان يكون كلاهما مختلفا وقوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر وقوله في حق النسب يعني النسب باعتبار
العلوق والسابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطي فانه لا يثبت وقوله وكذا اذا نوى به ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك

أي لدلالة الحكم أو النوع من ألفاظ الكناية بلا تأمل وطئها في العدة لا يحد وإن قال علمت أنها حرام لأن اختلاف الصحابة رضي الله عنهم لا يرتفع بنية البائن فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده يعني وإن كان ولده حيا وقد يشير إلى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والأبوة قائمة في حق الجد وقوله وقد ذكرناه أي في باب نكاح الرقيق وقوله وكذا إذا قالت الجارية معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لي وقد قدمناه وقوله في الظاهر يتعلق بقوله وكذا أي لا حد على العبد في ظاهر الرواية لأن الفعل واحد فورود الشبهة في أحد الجانبين يكفي لإسقاط الحد عن الآخر فإن قيل يشكل هذا بما إذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد أجيب بأن سقوط الحد في جانب الصبية حيث يجب الحد عليه لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الأهلية للعقوبات وكلامنا فيما إذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فإن ذلك يؤثر في الجانب الآخر وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم لما بينا يعني قوله لا انبساط في المال فيما بينهما فإن قيل لم لم يجعل هذا كالسرقة يعني إذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع أجيب بأن بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع إنما يتعلق بهتك الحرز وأما هاهنا فالحل دائر مع الملك والعقد ولم يوجد الملك ولا شبهة ولا العقد فيجب الحد **قال** ومن زفت إليه غير امرأته هذا من باب الشبهة في الحل لأن الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت أعطي الملك كالثابت لدفع الغرور فكذلك هاهنا ولهذا إذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح وقوله ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله يعني أنه يقول لغيرها أن إحصانه لم يسقط بهذا الفعل لأنه بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به إحصانه وجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر إلا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد وإنما قال وقالت أنا زوجتك لأنها إذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الإيضاح ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك لأن هذا عقد وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد إذا كان عالما بذلك لأن هذا عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور وقوله وهذا لأن محل التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف محله لأن محل التصرف ما يكون قابلا لحكمه لأن حكمه الحل وهي المحرمات ولأبي حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يكون قابلا للمقصود وهو التوالد هاهنا وبنات آدم قابلة لذلك قوله وهو الحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه أصلا أو في وقت دون وقت والأول ممنوع لأنه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لا يجوز أن يكون شبهة في درء الحد فإن الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفا فإن أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره إلا بالعقد والفرض وجوده وأهل الذمة من محارمهم لا يثبت الزنا في العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه وإذا ثبت أن العقد صادف محله كان ينبغي أن ينعقد محله في حق جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل لحرمة الشرع في ذلك فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر **وقوله** ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج أي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين عزر لأنه فعل منكر ليس فيه شيء مقدر ومن أتى امرأة قيل يريد أجنبية لأنه إذا أتى امرأته أو مملوكته في الموضع المكروه أي في الدبر لا يجب حد الزنا عندهما أيضا وإن كان محرما عليه وبه صرح

في الزيادات

في الزيادات لأن من الناس من يستحله لقوله تعالى إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم من غير فصل بين محل ومحل أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا إن كان غير محصن ورجما إن كان محصنا وهو أحد قولي الشافعي وقال في قول آخر يقتلان بكل حال سواء كانا محصنين أو لم يكونا لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولهما أنه أي اللواطة في معنى الزنا وقيل أي كل واحد من العمل والموضع المكروه وفعل اللواطة وفي بعض النسخ أنهما في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة لا بالقياس لأن القياس لا يدخل فيما يندرئ بالشبهات وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك من الحبس في أنتن المواضع حتى يموت ولو كان في موجب الزنا فذلك على أنه ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب بخلاف الزنا وكذا هو أندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي في أحد الجانبين يعني على ما هو الجبلة السليمة والداعي إلى الزنا من الجانبين وإذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس وهو فيه باطل وما رواه من قتلهما أو رجمهما محمول على السياسة أو المستحل بكفره بذلك إلا أنه يعزر عنده أي عند أبي حنيفة رحمه الله لما بينا أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والرأي إلى الإمام إن شاء قتله إن اعتاد ذلك وإن شاء ضربه وحبسه فقوله إلا أنه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية إذ ليس فيه تضييع الولد ولا إفساد الفراش ولا في وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه وإنما يحمل على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره أي ستر فرج البهيمة وإنما أضمر عليه وإن لم يسبق ذكره لأن ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكما إلا أنه يعزر لما بينا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وليس ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها لا يعمل به ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك الفعل والذي يروى أنه تذبح البهيمة وهو ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أتي برجل أتى بهيمة فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به لئلا يعير بها الرجل إذا كانت البهيمة باقية لا لأنه واجب **قال** ومن زنى في دار الحرب ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا وأقر عند الإمام بالزنا لا يقام الحد عليه وقال الشافعي رحمه الله يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب ووجه التمسك أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الإقامة حسا لأن كل أحد يعرف أنه لا يمكن إقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الإمام عنها فكان المراد بعدم الإقامة عدم وجوب الحد فإن قيل هذا الحديث معارض لقوله تعالى فاجلدوا ولا تقبل أجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لأنه لم يبق قطعيا على هذا الطريق الشارحون وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الأصول وهو أن التخصيص بهما إنما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية موجودا ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى كل واحد منهما فإن الضمير راجع إلى الزانية والزاني والزنا وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن كذلك وإذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله ولأن المقصود وهو الانزجار يعني أن وجوب الحد ليس لعينه وإنما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الإمام فلو وجب الحد يعرى عن الفائدة وكذلك لا يجوز إذا لم ينعقد موجبا لإقامة بعد ما خرج لأنه لا ينقلب الحكم بغير سبب وأنث الضمير في قوله لأنها لم تنعقد باعتبار الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة أو باعتبار الوطأة وقوله ولو غزى ظاهر وقوله في معسكره أي

اشارة الى انه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام الحد والسرية قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار وفي المغرب خير السرايا اربع مائة قوله واذا دخل حربي دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا في هذه المسألة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة احد الطرفين للآخر بكونه حربيا او ذميا وذكرا وانثى وعند محمد رحمه الله عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية واما في جانب الذمي فيتغير وفيما بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا تحد الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول ابي يوسف اولا وقال آخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها له ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا كما ان الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم احكامنا يقام عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا اجاب بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لا يقتص ولا يحد للقذف فيه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فارتكابهم ذلك ليس بدين وانما هو هوى وتعصب ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الالتزام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الانتصاف يكون من ولدنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة كان ملتزما من الاحكام ما يلزم الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما لم يدخل الا طامعا في الانصاف اي العدل لاجله على غيره يلتزم الانتصاف اي العدل لغيره عليه لان المغرم بازاء المغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخلا في الانصاف واما حد الزنا فمحض حق الشرع فلا يكون داخلا فيه فلما فرغ من الجواب عن ابي يوسف شرع كل منهما في اثبات ما ذهب اليه فقال محمد الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي فامتناع الحد في حق الاصل فيما اذا زنى الحربي بذمية يوجب امتناعه في حق التبع والا لا يكون تابعا فكان خلفا واما الامتناع في حق التبع فيما اذا زنى الذمي بحربية فلا يوجب امتناعه في حق الاصل والا لكان ممتنعا فكان اصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل ونظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق المتبوع ولابي حنيفة رحمه الله ان فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه لقوله تعالى ثم ابلغه مأمنه واذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا يوجب الحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا انهم مخاطبون بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا قالوا انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات وقوله بخلاف الصبي والمجنون جواب عن مستشهد محمد على ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب بفعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد **قال** واذا

زنى

زنى الصبي والمجنون صورة المسألة ظاهرة ووجه قول زفر والشافعي رحمهما الله قياس احد الجانبين بالآخر فان العذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع ان كلا منهما مؤاخذ بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا انها لمحمد رحمه الله فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها واذا لم يجب على الرجل لعدم الرجم على الاصل لم يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني ان الصبي او المجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغي ان يجب المهر عليه لان الوطء لا يخلو عن احد الموجبين اما الحد واما المهر وقد اورد في الذخيرة انه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المرأة واجيب عن الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط اخر ويلزم من تخفيف فعل الزنا منه تخفيفه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بانا لو اوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته لخلا الايجاب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المرأة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة او صبية فان المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح امرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا اذ ليس لولي الصبي حينئذ ان يرجع عليها بمثل ذلك وقوله ومن اكرهه السلطان الى آخره ظاهر وقوله وعليه المهر في ذلك يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا اقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج بدعوى فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا او مكذبا فان كان الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتياطا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة او عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته **وقوله** ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وتجب القيمة وانما وضع المسألة في الجارية وان كان هذا الوجوب الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان شبهة عدم وجوب الحد عند اداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان شبهة عدم ولان الامة تصلح ان تكون ملكا للزاني عند اداء الضمان شبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينها وهو وجه قول ابي يوسف في هذه المسألة وقوله وهو على هذا الخلاف اي شراء الجارية بعد الزنا قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يحد خلافا لابي يوسف رحمه الله فكان يرد المختلف الى المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم وفيه الدم مما لا يملك ويمكن ان يقرره هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والميت ليس بمحل للملك وقوله ولو كان يوجبه يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين كما ذكرتم في هبة المسروق لا في منافع البضع المستوفاة معدومة قبل الفعل لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندا لان المستند لا يظهر في المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قبل الفعل فليكن الفعل ثابتا بطريق التبيين لا بالاستناد الوجود كما في الحيض دون باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون في حكم متعلق بعاقبة ينتظر الوصول اليها فان وصلت نوبته اليها والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف كما قدمنا

قدمناه ونقول إن الزاني بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك إذ هي عين موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب إنما يستقيم على أصل الجواب دون التنزل فإن لقائل أن يقول الملك يثبت في الجثة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى أعني المنافع لكونها معدومة وأما إذا نظرت إلى أصل الجواب وهو قوله إنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم وهو ليس بعين يملك فإنه صحيح ويجوز أن يقال بالنظر إلى التنزل أيضا بأن الملك وإن ثبت فيه أيضا لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير إلى هذا أصلا وكل شيء صنعه الإمام ليس فوقه إمام وغيره أبو الليث بالخليفة فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق الله وإقامتها إليه لا إلى غيره قال النبي صلى الله عليه وسلم أربع إلى الولاة وعد منها إقامة الحدود وكلامه واضح وأما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل أن يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد الإمام إذا قذف كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد لأنه حق العبد والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل كل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحرية أن يكون حق العبد لإمكان الاستيفاء وما يليق بالإمام أن يكون حق الله تعالى لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه والله تعالى أعلم

باب الشهادة على الزنا والر

والرجوع عنها • قد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير وهما الإقرار والشهادة وأخر الشهادة هاهنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة إذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكتاب في غاية الندرة. **قال** وإذا شهد الشهود بحد متقادم وإذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة إيضاح هي تعديد ما يوجب الحد من نحو السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين التي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم وزيادة إثبات الضمان في السرقة كما لا يحد المشهود عليه لا يحد الشهود أيضا حد القذف في الشهادة بالزنا لأن عددهم متكامل والأهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخيرين حسبتين أخريين مطلوبين له يقال احتسب بكذا أجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الأجر والجمع الحسب وقوله بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد لأنه خالص حق الله على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وإنما هي شرط للمال وهي حق العبد وقوله ولأن الحكم يدار جواب آخر وتقريره أن المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده وقوله ولأن السرقة جواب آخر وتحقيقه أن السرقة تقام على الاستسرار فلا بد أن توجد في ظلم الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد فيجب على الشاهد إعلامه فإذا كتمه صار آثما وقوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة ظاهر وقوله لأن الإمضاء إلى الاستيفاء من القضاء في حقوق العباد إنما إعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء وأما الله تعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين وكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء في حقوق الله واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين كما ذكرناه وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك ونقل الناطفي في الأجناس

عن نوادر المعلى

عن نوادر المعلى قال أبو يوسف رحمه الله جهدنا على أبي حنيفة أن يوقت في ذلك شيئا فأبى وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة ذكره في المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضي متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وإن قالوا شهر أو أكثر درئ الحد وكان الطحاوي يعتمد قد نص على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد أصله مسألة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وقوله وهو الأصح يعني تقدير التقادم بشهر وقوله وهذا أي الذي قلنا من تقدير التقادم بالشهر إذ لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان فإنها تقبل لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا يتحقق التهمة. **قال** وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد وكذا إذا أقر بذلك وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى لأنها لا تصح على الغائب وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لأنه شبهة الشبهة ودون اشتراطها البلاغ انسد باب إقامة الحدود وبيان ذلك أنها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب فإذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما إذا كان أحد أولياء القصاص غائبا فإنه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يحضر الغائب فيقر بالعفو لأنه لو حضر وأقر سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته فإذا كان غائبا يثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرها إلا بالمعرفة فإذا لم يعرفوها لا يمكن إقامة الحد لاشتباه بينهم وإن أقر بالزنا بامرأة لا يعرفها حد لأنه لا يخفى عليه امرأته أو أمته وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة وهو قول زفر رحمهما الله وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما أي لاتفاق الفريقين على الموجب وانفراد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه بخلاف جانبها لأن الموجب لم يتحقق لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما فيه وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطء الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولأبي حنيفة أن المشهود به قد اختلف لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لأن الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما بخلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله ولأن شاهدي الطواعية دليل آخر وتقريره لأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم وإذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي إقامة حد القذف على شاهدي الطواعية ولكنه سقط الحد عنهما لشهادة شاهدي الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا [illegible] الإكراه وقوله وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة ظاهر وقوله خلافا لزفر رحمه الله يعني أنه يقول يحدون لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كما إذا شهدوا على الرجل بالزنا فإنهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد بل شبهة اتحاد المشهود به وتقريره أن الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لأنهم شهدوا وهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم لاتحاد المرأة وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر إلى الأول لم يحد الشهود وبالنظر إلى الثاني لم يحد المشهود عليه وقوله وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل

والمرأة ظاهر ولا يقال لما كان ذلك احتيالا لوجوب الحد والحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها لأن هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ثم إذا قيل كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فإن قيل فإذا كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسألة الإكراه والطواعية على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بأن يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن إكراه وانتهاؤه عن طوع أجيب بأن كل ما ذكر في مسألة الإكراه والطواعية لا تفاوت بين أن يكون إكراها من أوله إلى آخره وبين أن يكون أوله إكراها وآخره طوعا لأن الإكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان الفعل الزنا من أوله إلى آخره إكراها أو أوله إكراها وآخره طوعا لأن الإكراه مسقط فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرناه قال وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة بصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والباء المفتوحة والجيم تصحيف لأنها اسم حي من اليمن ودير هند لا يتأتى عليه لأنه أيضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله لاختلاف المكان يعني أن احتمال الصدق في كل فريق يقتضي أن احتمال الصدق في كلا من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف وقوله ودرئ الحد عنهما وعنهم توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال خصوصا في إسقاط الحد فيسقط عنهما وأما عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة وإنما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في باب الحدود وقوله فإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان ظاهر وقوله لأن الزنا يثبت بالأداء أي يظهر عند الإمام بأداء الشهادة فلا أداء للعبيد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لأنهم نسبوها إلى الزنا ولم يكن نسبتهما إلى الزنا فكان قذفا محضا وقوله لأن الفاسق من أهل الأداء أي التحمل يعني بالنص قال الله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فالأمر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الأداء لأنه لو لم يكن أهلا لما أمر بالتثبت إلا أن العبد إذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبت وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله أن الشهود ثلاثة شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له أهلية التحمل والأداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له أهلية التحمل ولم يكن له أهلية الأداء كالعميان والمحدودين في القذف ولهذا انعقد النكاح بهما وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قذفة إذ لا حسبة عند نقصان العدد فإن الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة أداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم فإن الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وإذا لم يوجد الحسبة ثبت القذف لأن خروج الشهادة عن القذف إنما كان باعتبار الحسبة وقوله وإن شهد أربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله وعندهما يضمنون يعني أرش الجراحة إن لم يمت والدية إن مات وقوله وصار كالرجم والقصاص يعني إذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية وقوله أبي حنيفة ظاهر وقوله في الصحيح يعني في الصحيح من الرواية وذكر في مبسوط فخر الإسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فإذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان وذكر في الإيضاح في هذه المسألة لأبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما وهو أن الإضافة إلى الشهود من حيث الإيجاب دون الإتلاف والأثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا إلى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله لما فيهما من زيادة الشبهة معناه لما فيها من شبهة زادت على الأصل لم يكن فيه فإن الكلام إذا تداولته الألسنة يمكن فيه زيادة ونقصان وقوله لأنهم قاموا مقامهم أي الفروع مقام الأصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الأصول وذلك لأن الموضع الذي تقبل فيه شهادة الفروع تقبل شهادة الأصول ففي الموضع الذي يرد يتعدى ردها إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة وقوله ولا يحد الشهود يعني الأصول والفروع لأن عددهم متكامل والأهلية موجودة وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحمل للفروع وشبهة الرد في الأصول وهي كافية للدرء لا لإيجابه لأن الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قال وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا هذا شروع في

بيان

بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح وقوله لأنه إن كان قاذفا حيا فقد بطل بالموت يعني لأن حد القذف لا يورث وإن كان قاذفا ميتا فهو مرجوم بحكم القاضي وذلك إن لم يسقط الإحصان فلا أقل من إيراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا أن الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لأنها تنفسخ به وإذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسن جميعا في الحال قذفا للميت وإذا انقلبت قذفا فقد انفسخ حجتها وإذا انفسخ حجتها انفسخ ما ينبني عليها وهو القضاء وإذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضي ولا يسقط الإحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قذفه بقوله في حقه لأنه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه لأن قضاء القاضي في زعمه صحيح منعقد فكان قذفه واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل أن يقول القضاء لو كان فاسدا في زعمهما يجب الحد لا محالة فإذا كان قائما في زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض أيضا بأن أحد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يجد الشهود حد القذف بالإجماع ولو ظهر أحدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذاك إلا لأن القذف إن ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة فكأنه قال ذلك ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف وأجيب بأن أحدهم إذا ظهر عبدا علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لأن العبد لا شهادة له فإذا كان الحد جلدا فقد قذف حيا فحد وإذا كان رجما فقد قذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فإنها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد وقوله فإن لم يحد المشهود عليه ظاهر وقوله ولنا أن كلا منهم قذف في الأصل يعني لكونه صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك إذا صار شهادة وإنما يصير شهادة باتصال العقوبة فإذا لم يتصل بقي قذفا وهذا أيضا نقض ما تقدم لأنه قال هناك أن الشهادة إنما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال إنها قذف وإنما يصير شهادة باتصال القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأنه لا منافاة بينهما لأنه قذف في الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء ثم يعود إلى ما كان بالرجوع وعلى هذا الأثر قول من يقول أن فيما قال أصحابنا مؤاخذة ولم يرجع بلا ذنب من رجع وقد قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى لأن الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فالكل فيهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله وإن كانوا خمسة فرجع أحدهم يعني بعد الرجم لأن وضع المسألة في ذلك وقوله فلما ذكرنا إشارة إلى ما قال من قبل ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفا إلى آخره ومعناه يحدان جميعا لأنه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من يتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما فيحدان فإن قيل الأول منهما من رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع غيره لا يكون ملزما إياه الحد أجيب بأن الحد لم يجب إلا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فإذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الأول بالسبب المتقرر للأثر وزال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لأنه في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكواه التزكية من زكى نفسه إذا مدحه وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود مجوسا أو عبيدا فالدية على المزكين عند أبي حنيفة رحمه الله معناه إذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد هو أي الضمان على بيت المال وقوله لما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا أن يكون الرجوع بأن يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وأن يكون بأن يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع فإن قيل هذا إذا قالوا تعمدنا وأما إذا قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق فالا المذكور أن ما أثبتوا سبب الإتلاف لأنه هو الزنا وما تعرضوا له وإنما أثنوا على الشهود خيرا فكان كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيرا أو كانوا في المعنى كشهود الإحصان إلا أن أولئك أثبتوا إحصانا لا يحمده في الرجم وهؤلاء

أثبتوا احصانه لا حمية في الشاهد وكما لا ضمان على اولئك فلذلك على هولاء وقوله ولذا ان الشهادة ظاهر وقوله
وهذا المعنى وجوب الضمان على قول ابي حنيفة وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر لما تقدم ان كلام كل
منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فعلامة لا يحد
الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات ولا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم لم يجعل قذفا ثابتا
للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد
فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا او مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب ان الانقلاب ضرورة الشهادة
قذفا وكلامهم لم يقع شهادة وقوله وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل يعني ان القضاء وجد صورة
قضاء القاضي يكفي لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته يمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل
شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولي اذا اجاز المشهود بقتله حيا وقوله وان رجم على بنا
الفاعل اي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضربه وانما رجمه ثم وجدوا اي الشهود عبيدا فالدية على بيت المال
لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اي فعل الراجم الى الامام ولو باشر الامام بنفسه وجبت الدية في بيت
المال لما ذكرنا ان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا
ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه واذا شهدوا على رجل بالزنا
وقالوا تعمدنا النظر الى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير
لشمس الائمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق
وانما تقبل شهادتهم اذا قالوا وقع بصرنا عليه كيفية النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكنا نقول النظر الى
عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن والمعرفة البكارة بالشهود
حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشا في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا **قال** واذا شهدوا
اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الا ترى انه يثبت
بشهادة رجل وامرأتين عندنا فلذا اشهاب الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم يثبت النسب وقوله
خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله والشافعي مر على اصله وزفر رحمه الله جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان
الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك امران احدهما ما ذكره في الكتاب
ان شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيأتي لان
شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي الى آخره يعني ان الزاني
لو كان مملوكا لذمي وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة
على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم يقبل شهادة اهل الذمة على الذمي
فهذا مثله وقوله لما ذكرنا يعني ان الاحصان شرط في معنى العلة ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة
بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب كالنكاح الصحيح والدخول
بالمنكوحة والخصال الحميدة مانعة عن الزنا على ما ذكرنا في باب الوطي الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا
عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة وصار كما اذا شهدوا بالنكاح في غير هذه الحالة يعني لو شهد رجل وامرأتان
ان فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا بخلاف ما ذكر يعني زفر من شهادة
الذميين على ان الذمي انه اعتق عبده قبل الزنا لان العتق هناك تثبت بشهادتهم وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه
تاريخ ينكره المسلم او يتضرر به من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم او يتضرر به لا يثبت بشهادة
اهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون
احد الامرين المرتبين على الاصل الذي ذكرناه من قبل

باب حد الشرب

انما اخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس
حيث قال تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من الاديان واخر حد القذف عن
حد الشرب لان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف اخف من ضرب
حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز ان يكون صادقا في نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجود او جاؤوا به سكران
فشهد الشهود عليه اي على الشارب بذلك اي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك او شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو
سكران فعليه الحد وظاهره يقتضي انه لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة
سكران فعليه الحد وظاهره يقتضي انه لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه وسلم من شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران
في حق وجوب الحد بالشهادة او بالاقرار والاصل فيه اي في وجوب الحد قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران
في حق وجوب الحد بالشهادة عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق
فعليه الحد وظاهره يقتضي ان لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ومتروك العمل به فليكن الباقي كذلك واجيب بانه ترك
وجوب الحد قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاقتلوه ومتروك العمل به
العمل بذلك المعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث وليس شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولا به لعدم
المعارض وقوله فان اقر بعد ذهاب رائحتها والصحيح **وقوله** غير انه مقدر بالزمان عنده اي عند محمد وهو الشهر اعتبارا لحد الزنا **وقوله** وهذا يعني تقدير
الزمان وعدم اعتبار الرائحة لان التاخير يتحقق بمضي الزمان فلا بد من تقدير زمان واما ان ذلك ستة اشهر او شهر واحد فيعلم في موضع آخر واما عدم
اعتبار الرائحة فلانها محتملة ان تكون من غيرها كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وهذه الرواية وهو رواية
المطرزي بكلمة ذه وقد روي بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاول نستقيم الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية يحتاج الى الكسر لضرورة الشعر
والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان المعتبر في ذلك قيام الاثر وهو
الرائحة من اقوى الدلائل على القرب **وقوله** والتقادم بزوال الرائحة جواب عن التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر **وقوله** والتمييز بين
الروائح ممكن للمستدل جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في
حد الزنا على ما مر تقريره ان الاثبات لا يكون منه ما بالنسبة الى نفسه وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الخمر ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع
الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد
الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن لا دليل على ان الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة وقع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود شرطية
والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام ان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع
لما ذكرنا اولا وايضا ذكر في اول الباب انه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال هنا انه ثابت باجماع الصحابة
وبينهما تناف وايضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقوله وريحها يوجد منه ظاهر
قال ومن سكر من النبيذ النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيآن نقيع ونبيذ فالنقيع ان ينقع الزبيب في الماء ويترك
اياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واما النبيذ فهو ان يلقى في ماء الزبيب اذا طبخ
ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة وابي يوسف الآخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل
وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ هو ما التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهما ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند
ابي حنيفة وابي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي لا للتلذذ والسكر وقال محمد والشافعي لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء بيانه في
الاشربة واما الكلام في حد السكران ومقدار حده فسيذكر ان شاء الله تعالى **وقوله** ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها يعني اذا لم يشاهد
منه الشرب لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل اجيب بان الاحتمال في
الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء او التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه واقول والجواب الثاني
احسن لاشتماله على نفس المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل من ليس معه ذلك ويجوز
ان يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار على قولهما ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ
وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب فلا رواية الجامع الصغير للامام
المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة
حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع انه مأكول فمن المشروب اولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام

المحيط يدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام وكلام المصنف يدل على ان البنج مباح ولا تنافي بينهما وحد الخمر وحد السكر من غير الخمر
في الحد ثمانون سوطا لاجماع الصحابة يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والراس والفرج ثم يجرد عن ثيابه
في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ان الحد نص قاطع او بالتجريد نص ووجه المشهور انا اظهرنا
التخفيف مرة يعني من حيث العدد لم نجعله مائة كما في الزنا فلا يعتبر ثانيا وبه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف
في المقدرات الشرعية والثاني ان الثابت تغليظ لا تخفيف لانه روي انه ضرب في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدي وغير
ذلك ثم جلد ابو بكر اربعين ثم جلد عمر اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب ان قولنا انا اظهرنا التخفيف كلام عن لسان
المجمعين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى اجاز لهم ان يقدر حد الخمر مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان
تخفيفا منه وما جعله الصحابة معتبرا لحد المفترين فمن التخفيف فلم يعد ... وانما التغليظ التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص
واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف مرة لطايفه **وقوله** ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل
شراب اسكر ويثبت الشرب بالشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين
في مجلسين اعتبار العدد الاقرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى **قال** ولا تقبل فيه شهادة النساء
مع الرجال لا تقبل شهادة النساء مع الرجال في هذا الشرب لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان يشير الى ذلك كله قوله تعالى
فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان الى قوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية
لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال
ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظر والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة
هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف **قال** المصنف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه
اي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران لان السكران في العرف واليه اي الى قولهما مال اكثر المشايخ و
عن ابن ابي الوليد قال سالت ابا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال يستقرا قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف
عينت هذه الصورة وربما اخطا فيه الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي ان ائمة بلخ
اتفقوا على استقراء هذه الصورة ولابي حنيفة ان الحدود يوخذ في اسبابها باقصاها درءا للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل
فيسلبه التمييز بين الشيء والشيء وما دون ذلك لا يعري عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله
مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا وافقهما
في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر والمعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل
والحرمة يوخذ بالاختلاط وهذا معنى قوله والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد
حرمة القدح الذي يلزمه الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع وهو الادنى في حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو
ما قاله ابو حنيفة **وقوله** وهذا اي ظهور الاثر في مشيته مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يتمايل او يعثر في
مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا وقوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه يعني في الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب
الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران ازداد احتماله فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد
القذف فان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه عرف ذلك باجماع الصحابة فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى
افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص
وغيره ولو ارتد السكران لا تبين امراته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وروي ان عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما
ندعو بعض الصحابة فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فامهم في صلاة المغرب عبد الرحمن او غيره وقرا سورة الكافرون بطرح الاثر مع
ان اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا منه وكذلك القارئ فعلمنا ان السكران لا يكفر بما يجري على لسانه من لفظ الكفر

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح
الزنا الخالي عن الشبهة الذي لو اقام القاذف عليه اربعة من الشهود او اقر به المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف بالحد وعجز القاذف
عن اثبات ما قذفه به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية

والمراد بقوله والذين يرمون الرمي بالزنا بالاجماع واليه الاشارة في النص لانه شرط اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واعترض بان التقييد
بصريح الزنا غير معتقد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك وبان النافي لا يجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب في مقابلته كالمنعدم
ولئن وجب فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حد والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشروط وجب الحد لا محالة
فكان قضية صادقة واما انه اذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول
يا زاني فقال الاخر صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالا للدرء وابن المقذوف انما يعد ذلك
على المطالبة لقيامه مقام المقذوف وهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا فيتحقق قيامه مقامه من كل وجه وقوله
ويفرق يعني الضرب على اعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف ولا يجرد من ثيابه
لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه
لا تكاد تحصل فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معاين بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على
معنى اخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به **وقوله** غير انه ينزع عنه الحشو استثناء من قوله ولا يجرد وقوله لان
ذلك يعني الفرو والحشو كما في قوله عوان بين ذلك **وقوله** وان كان القاذف عبدا ظاهر **وقوله** والاحصان بيان شرطه وقوله لعدم
تحقق فعل الزنا منه باشتراطه عليه ولما كان كذلك لا يحد من قذف المجنون في حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الاقامة واجيب بان معنى
قوله لعدم تحقق فعل الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق
منهما بالنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف لمن قذف رجلا وطئ
بشبهة او وطئ جارية المشتركة بينه وبين غيره وقوله والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن وتقديره
تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم
من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك يحد ان كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة
قذف امه لان نفي النسب والنسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وتقريره ان موضع المسالة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين
ونسبه من الاب ثابت بنفيه ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه وفي ذلك قذف لامه لا محالة
قيل يشترط ان يكون في حالة الغضب في هذه المسالة كالتي بعدها وقيل يجب انه لا يجب الحد وان كان قذفه في حالة
الغضب لجواز ان ينفي النسب من ابيه من غير ان تكون الام زانية من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة وولدت في عدة
الواطئ واجيب بان ما ذكرته وجه القياس في هذه المسالة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط ولكنا
تركنا هذا القياس بحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه ومن قال
لغيره في غضب ... ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا ابن فلانة
وهي امه التي تدعى له حيث لا يكون قذفا مع ان القذف يراد بهذا اللفظ واجيب بان قوله فلان بن فلان انه نفي عن ابيه واعنا
بنفي عنها بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي للوطئ ونفي الوطئ نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي
عن الوالد وولادة الولد ثابتة من امه فصار كانه قال انت ولد الزنا **وقوله** ولو قال له يا ابن الزانية ولو قال الرجل يا ابن
الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت
فان الحد يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد يعني الوالد والجد
وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله ونقل
غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير لان العار يلتحق به اي بكل واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون القذف
متناولا له معنى ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد ان
ياخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه
وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع الياس عن الاصل وانما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله
وعند الشافعي ظاهر **وقوله** لما ذكرنا يعني قوله لان العار يلتحق به وقوله كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد فانه
روي عنه ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنى جداته وفي ظاهر الرواية

النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين ويثبت لولد الولد حال قيام الولد وقال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام
الولد ان يطالب يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا
بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك
موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فانما يخاصم بقيام الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول
القاذف من عرضه او ذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات
وفي الحكم المرتب على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد
خلافا لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا الا ان حد القذف لا يورث فكان كما اذا كان متناولا
له صورة ومعنى في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف
فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس بطريقة الارث غير معتدلة في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث ايضا لم يكن له ان يخاصم
لان المانع من الارث موجود وهو الكفر والرق وقيل تحرير كلامه ان الحد انما يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه ام المقذوف
او لقذف نفس هذا الابن الكافر لا جائز ان يكون لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى
ولنا انه عيره بقذف محصن وهو ظاهر لان فرض المسألة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز ان يأخذ بحد لانه يعتبر على
الكمال فيقتضي زاجرا واشار المصنف الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على
الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده فجاز له ان يأخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على
المقتضي اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق اي استحقاق اهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين
وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد
التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا قال وليس للعبد ان يطالب مولاه وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف
امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه او جده وان علا بقذف امه ولا امه بجدته وان علت بقذف نفسه لان المولى لا يعاقب بسبب
عبده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالموجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وبسببه
يستحق به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وهو القذف غير مستحق به لجواز ان يكون صادقا فيما نسبه اليه اولى
وقوله ولو كان لها ابن من غيره واضح وقوله وبكل ذلك تشهد الاحكام اما الاحكام التي تدل على انه حق العبد فمنها انه يستوفي
بالنسبة بعد ما تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفي الا بخصومته ولما يستوفي بخصومته ما هو حقه
بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال وقام حد القذف على المستأمن وانما يؤخذ
المستأمن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره حد الزنا
والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقوء عين رجل يبدأ بالقصاص من العين لانه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما
يلحقه من الضرر بالتأخير لانه يخاف الفوت والله لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف واما الاحكام
التي تشهد على انه حق الله تعالى فمنها ان الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا في استيفاء حق الله تعالى واما حق العبد فاستيفاؤه
اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله لان ما للعبد من الحق الى اخره قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق
العبد غالبا اذا اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب واعترض بان من
الاحكام ما ينافي الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف وشيء من الحقين لا يسقط به واجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر
استيفاؤه لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق فيه الخصومة بعد موته وقوله ومن اصحابنا من قال يريد به
صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر في مبسوطه والصحيح ان المغلب فيه حق العبد لما قال الشافعي رحمه الله لان اكثر الاحكام يدل عليه والمعقول
يشهد له لما ذكرنا ان العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص لانه يفوض اقامته
الى الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وخرج الاحكام اي اجاب عن الاحكام التي تدل على انه حق الله بجواب يوافق المذهب
فقال في التفويض الى الامام ما ذكرنا ان كل احد لا يهتدي الى اقامة الجلد وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى
كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص موروثا بانه في معنى ملك العين لانه لا يملك الاتلاف العين وملك

الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام الا الاتلاف وهو الاصل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن
له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله اظهر قال في النهاية
لما ذكرنا من دليل عليه حق الله فيه ولان علماء اصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة اصحابنا اظهر وقوله ومن اقر بالقذف من
الاحكام التي يشهد بكونه حق العبد وقوله ومن قال لعربي يا نبطي فالمراد بالنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضي الله
عنه عن رجل قال لقرشي يا نبطي فقال لا حد عليه وقوله لما قلنا يعني قوله لانه يراد به التشبيه الخ وقوله لان ماء السماء لقب اي يقلب
اللقط وماء السماء هو لقب اي المرتقيا والمرتقيا هو عمرو بن عامر ملقب بالمرتقيا لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما
ويأنف ان يلبسهما غيره وابوه ابن عامر جارية الازدي كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا وقوله
واسماعيل كان عمه اي ليعقوب فان اسماعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب بن اسحق وكان اسماعيل عمه وادخلوه تحت الاب فذلك ان العم
يسمى ابا قال ومن قال لغيره زنات في الجبل من قال لغيره زنات في الجبل بالهمز وقال يعني صعود الجبل حد عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر وارق الى الخيرات زنا في الجبل
وقال وذكر الجبل يقرره اي يقرر الصعود مرادا بالدليل لكون المهموز للصعود حقيقة وقوله ولهما انه يستعمل الخ واضح وقيل كلامه
يشير الى ان المهموز مشترك بين الصعود والفاحشة وحالة الغضب والسباب يعين احد المحتملين عندهما وعند محمد انه حقيقة
في الصعود مجاز في الفاحشة وقد يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح على الاول لعدم اخلاله
بالفهم ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء وقوله لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله للمعنى الذي ذكرناه اشارة
الى قوله وحالة الغضب والسباب يعين الفاحشة مرادا ومن قال لاخر يا زاني ومائة حمرا مثلا والجواب ان المراد بالخبر الخروج
يستقيم الكلام ولان الخبر حمر الحصين يجوز ان يستعار الاعمر ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت على ما ذكر في الكتاب ظاهر
وقوله لان المحدود في القذف وقوله ولا ابطال في عكسه اصلا يعني لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لان احصان
الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غاية ما في الباب ان اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا
عن فعل الزنا فيحد حد القذف على المرأة احتيالا للدرء اللعان الذي هو في معنى الحد وقوله ولو قالت زنيت بك يعني في جواب قوله لها يا زانية
وقوله وانعدامه اي انعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لا يعترض عليه بان الوطء
بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح مجازا واجيب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بل يداه مبسوطتان حملها على ذلك
التركيب ترك غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة ففي
حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان وقوله
لانه اي اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واذا بطل
التكاذب باكذاب الرجل نفسه يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين اي في الوجه الذي اقر ثم نفى وعكسه وقوله لاقراره به
سابقا او لاحقا اي اقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقر ثم نفى او لاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب
جواب عما يقال ان سبب اللعان هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان لان بطلان المتضمن يقتضي بطلان المتضمن
ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما اي من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الاخر فصار كانه نسبها
الى الزنا من غير نفي الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان فكذا هذا الا ترى انه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه
ثم قال ليس بابني فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله لها انت زانية وفي قوله وان قال ليس بابني ولا
بابنك ظاهر وقوله او قذف الملاعنة بولد بفتح العين هكذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه
التي لاعنت بولد كذا في الكافي وقوله بولد متصل بالملاعنة وقوله فقد فاتت العفة نظرا اليها اي الى امارة الزنا وهو اي العفة و
ذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد وقوله ولو قذف
امرأة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجدت امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا
الى هذا قلنا لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف
سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية وجدت بخط شيخي رحمه الله في جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان

في جانبها قايم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها
قال ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه اعلم ان الوطي الحرام في القسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه والاخر لغيره والاول مستاجر
منه بشان حصوله في غير الملك من كل وجه كوطي الاجنبية او من وجه كوطي الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امراة هي حرام على الواطي
حرمة موبدة كوطي امته وهي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطي امته المجوسية ووطي امته الاختين والقاذف في النوع الاول
لا يجب عليه حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق لان الزنا هو الوطي الحرام لعينه وابو حنيفة رحمه الله شرط ان تكون
الحرمة الموبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطيها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطي المنكوحة
بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه تعارض على الوجه الزوال
الا ترى ان المجوسية لو اسلمت والمخرج لاحدى الاختين عن ملكه حل له الوطي فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهرة وقوله وهذا هو
الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطيها لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو مبيح لا يسقط احصانه كوطي المراة الحائض
المجوسية او التي ظاهر منها او المحرمة او امته التي تزوجها وهي في عدة من غيره لان ملك الحل قائم مع قيام سببه ووجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة
في المحل تنافيا فضرورة ثبوت احدهما انتفاء الاخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفي الحل وقوله لان ملك الحل قائم مع قيام سببه قلنا السبب لا يوجب
الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله فيها اختلاف
الصحابة يعني انه مات مرة وعبد الله على ما يجيء في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى وقوله وقد مر في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك
وقوله فقذفه مسلم حد جواب ظاهر الرواية وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا لا يحد لان المغلب فيه حق الله على ما ذكرنا فكان بمنزلة
حد الزنا ووجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لان هذه شهادة انما استفادها بعد الاسلام فلم يدخل تحت
الرد ورد بانه انما استفاد اهلية الشهادة على المسلمين فاما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد
عليه اجيب بانه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام اهلية الشهادة على اهل الذمة مع الاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت
حين اقيم عليه الحد فان تلك كانت بطريق الاصالة على اهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان اهلية الشهادة على الاخر
تقتضي اهليتها على الاخير ولقائل ان يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد اولا موجود وقوله بخلاف العبد جواب عن
ما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم وكلامه ظاهر واعترض المعترض بانه
انعكاس حكمها لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه جاز ان ترد شهادته بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام
ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء اصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب
ان شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا يرد
ولم نقل في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في اجابته الى حين امكان الموجب وهو الرد وقوله وان ضرب سوطا
في قذف ظاهر واعترض بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم
بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لان العلة اذا كانت
ذات وصفين بالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم نرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده
وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم يترتب التهمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول
الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الاخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد شهادة قائمة الحال فيتقيد
به وعن ابي يوسف انه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر فكان الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن ابي يوسف ايضا والاول
اصح لما ذكرنا ان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ وقوله ومن قذف او زنى الخ ظاهر وذكر في المبسوط لو
قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال انتم زناة او بكلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان ويا خالد انت زان لا يقام الا حد
واحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف
عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود

فصل في التعزير لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب والسنة المشهورة ذكر في هذا
الفصل الزاجر الذي دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع والاصل في هذا

ان من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير قال في الفتاوى الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد
يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس ولم يذكر
محمد التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف رحمه الله ان التعزير من السلطان باخذ المال جائز وذكر الامام التمرتاشي
ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لاقامته كل احد بعلة النيابة من الله تعالى وقوله ومن قذف عبدا او امة ظاهر وقوله
في الجناية الاولى يعني اذا قذف عبدا او امراة امة او ام ولد بالزنا لانه اي القذف بالزنا من جنس ما يجب فيه الحد وقوله
في الثانية يعني قوله يا فاسق الخ وقوله لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه فقيل بل يلحق الشين بالقاذف لان كل احد
يعلم انه ادى والقاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف
بلغ من البلوغ وهو السماع واما ما يجري على السنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير
حدا في غير حد وفيه سوء تعرف بالتامل الصحيح وادى ان يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين فاذا تعذر
تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وهذا
حق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير في الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا
هو ان البلوغ الى تمام الحد بقدر وليس بعده قدر معين كربع او ثلث او عشر فيصار الى اقل ما يمكن التبعيض به نظيره وقت الصلوة فان الكل
لما لم يمكن ان يكون سببا وليس بعده جزء معين صير الى اقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى وكلامه واضح وقوله فيقرب المس والقبلة
من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر الجلدات وقوله والقذف بغير الزنا من حد القذف يعني فيكون فيه اقل الجلدات وقوله لانه
يعني الحبس صلح تعزيرا وقوله وقد ورد الشرع به اي بالحبس وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في التعزير
وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة لايضاح ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير اي لم يشرع الحبس بسبب التهمة
في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنا فقال يا فاسق يا كافر فلا يحبس
المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لان في باب الحد شيئا امر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود
موجبه فيجوز ان يحبس في تهمته ليناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير لا يحبس
بالتهمة لان الاقصى فيها عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيها لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو ما يأباه الشرع
ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان الحبس من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب
التعزير كما يحبس بتهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضمه الى الضرب ان راى ذلك كان للامام الراي
في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس الى الضرب وقوله واشد الضرب التعزير قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير اشد من
ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع
ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه كيلا يودي الى تفويت المقصود وهو
الزجر واختلف المشايخ في شدته فقال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو يجمع الاسواط في عضو واحد ولا يفرق على
الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روي ابو عبيدة وغيره ان رجلا اتهم
على ام سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطا كلها تبضع وتحدر اي تشق وتورم ومعلوم ان عمر رضي الله عنه ضربه بطريق
التعزير ولعل المصنف اختاره يشير اليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عنده عبارة عن عدم
التفريق لم يتضح الشيء بنفسه وقوله ثم حد الزنا ظاهر وقوله ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر ذكر مسئلتين
احدهما مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اتيان المامور به والاخرى على الاطلاق وهو يقتضيها والفرق بينهما ان الامر لطلب
المامور به وهو من الايجابات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه يشبه القمار ولانه لما وجب على المامور ذلك الفعل بالامر فيما
المامور على وسعه غير مراقب السلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيفي المامور في ضرب الوجوب واما الاطلاق فاسقاط
لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق في اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان لم
يشأ لم يفعل فينبغي ان يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله في
التعزير تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة

المسلمين فيكون الغريم في ما لهم قلنا انه لما استوفى في حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم
كتاب السرقة لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة
الاموال لان صيانة النفس اقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه استمع
اليه على وجه الخفية وقوله وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة هي ان يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا
للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة والمعنى اللغوي وهو اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار مراعى فيها
قال صاحب النهاية اعلم ان ما نقله الشارع الينا على ثلثة اقسام احدها ما هو المقرر على انبائنا اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاءوا اخوة
يوسف وما جرى بحذائهم والثاني ما هو المعدول عما انبانا به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكوة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة
عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما انبانا به مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه
نظر لان الصلاة في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع زيادة اوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكاة هو النماء والحج
هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة اوصاف ويمكن ان يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح
عند المخلصين وقوله كما اذا نقب الجدار على الاستسرار نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول
لظهوره وكان القياس ان لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة اي مقابلة بسلاح لان ركن
السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد في وقت الاخذ لان الاخذ حصل بطريق
المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا يجب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع في اكثر السرقات لان اكثرها في الليالي
يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله ومن يقوم مقامه يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن
قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة
فيه على ما سيظهر لك معناه وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها
علة له كما عرف والاية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد
من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار واما اصحاب الظواهر فلا
يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري استدلالا بظاهر الاية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب اصلا وبطلان كونه مالا
محرزا فان لفظ السرقة تدل على ذلك لان الاخذ المباح يسمى اصطيادا او احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لعدم
مسارقة عين الحافظ وثلثا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير
بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه
الترمذي في جامعه عن ابن مسعود رضي الله عنه وقوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة وقد
واستدلاله عليه بلفظ الدراهم المذكور في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله وهو الاصح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة
ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها ان يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم
الا في ثمن مجن حجفة او ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في
مجن ثمنه ثلث دراهم وقد اخذ به مالك وروت عمرة عن عائشة رضي الله عنها موقوفا ومرفوعا الى النبي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه اخذ الشافعي فما وجه ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما
وثلثة دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روي في السنن وشرح الاثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى الاطلاق وقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار الحديث
والى المعقول وهو ان العمل بمذهبنا مستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به قال والعبد والحر في القطع
سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم التساوي انما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة السرقة
ظهرت بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما ظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة
واذا تمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا وقوله والاعتبار بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين
بالاخرى وبيانه القاذف وهو ما ذكره ان الزيادة يقيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه وقوله وباب الرجوع

جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا وجه ذلك انه لو اقر مرة اكتفيته ثم رجع صح رجوعه في حق
الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع بحق المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا انه لا فائدة في تكرار
الاقرار لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا
وينبغي ان يسالهما الامام عن كيفية السرقة فيقول له كيف سرقت لجواز نقب البيت وادخل يده واخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ماهيتها لجواز ان يكون المأخوذ شيئا تافها لا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا
لا يذكرها الا احد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرطا لظهوره وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم
العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسال عن الزمان فانه قيل
الشاهد في تأخير الشهادة غير متهم لانه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان يسال فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسال فيما
ثبت بالاقرار قلت ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب وقال في المحيط
ويسالهما عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه مخاصم
فالشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله ويحبسه اي المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة يحبس
لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله واذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا
فانه يقتل الجميع وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى
كل واحد منهما كملا والله اعلم باب ما يقطع فيه وما لا يقطع لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها
ذكر في هذا الباب سرقة ما يوجب القطع وسرقة ما لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب ان يذكر قوله واذا
اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان اصاب ان لكل واحد منهم نصابا كان مما يقطع فيه وان اصابه اقل كان مما لا يقطع فيه
لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجوب النصاب وقوله لا قطع فيما يوجد تافها ظاهر والمغرة بالفتحات الثلث
الطين الاحمر وتسكين الغين فيه لغة وقوله وما يوجد جنسه مباحا وقوله حقير جنسه وقوله بصورته احتراز عن الابواب
والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان اصلهما من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها
عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة
واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها
على الصورة التي توجد مباحة وهي ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر انها ليست بتافه جنسا فان كل من
تمكن من اخذه لا يتركه عادة وقوله تقل الرغبات فيه حال استثناء فيه وقوله والطباع لا تضن به اي لا تبخل بفتح الضاد وهو
الاصل وجاء الكسر ايضا وقوله قل ما يوجد اخذه على كره من المالك اي قليل وجود لخوف الملامة بالمالك عند اخذ هذه الاشياء منه
بل يرضى بالاخذ ترفعا عن لحوق شبهة خساسة الهمة وتعاديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزواجر وقوله
والطير نظير الصيد عم يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب التي على الابواب
وقوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي فيما يوجد جنسه وهو على تلك اي على الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحترز به عن
الابواب والاواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا فورثت الشبهة اي شبهة الاباحة بعد الحرز والحديث يدري بها في التعبير بالشركة العامة
اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلثة في الكلاء والماء والنار وقوله لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير والصيد يفر
والسمك المالح هو القديد الذي فيه الملح وقوله والحجة عليهما ما ذكرنا يعني حديث عائشة رضي الله عنها وما ذكر بعده والجمار شحم
النخل وهو شيء ابيض يقطع من رؤس النخل ويؤكل والودي صغار النخل وقوله كالمهيا للاكل يعني مثل الخبز واللحم ولمثالهما لانه يقطع
في الحنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا وقوله كاللحم
والتمر اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والتمر راجع الى قوله وما في معناه وكان كلامه لف ونشر وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها
اي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدحرج فيه
التمر والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن مجازا ان يسمى الجراب المتخذ منه فكان المراد منه اهل الطرفين وبجواز ان
يكون الشك من الراوي فلنخرجه عن رفاقة العادة فان في عادتهم ان الجرين لا يؤوي الا التمر اليابس من التمر وفيه القطع في الرواية المشهورة

قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة لكن اعاد تمهيدا لقوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيهما ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وفسر المسكر في اصول الفقه بانه غلبة سرور في العقل فالتقيا في معنى السرور فكذا اكتفى بتفسير الاطراب بالاسكار قال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة وقوله لان بعضها ليس بمال اي بمال متقوم كالخمر وفي مالية بعضها اختلاف يعني كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة متقومة خلافا لهما او تاويل الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر في الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال لا قطع في الخل وقد صار خمرا ثم خلا ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب وقوله ولا في سرقة المصحف ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال تعبده النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد معروفان ولا قطع فيهما وان كانت من ذهب او فضة وقوله وان كان الصليب في المصلى اي في موضع صلوة النصارى وهو معبدهم وقوله وما عليه من الحلي تابع لا يقال يجوز ان يكون مقصوده من الاخذ الحلي فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلي وترك المصحف وقوله لانه يوجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع لا يسقطه كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة وقوله وعلى هذا اذا سرق اناء فضة ظاهر والدفاتر جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها سواء كانت للتفسير او الحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحديث وان قلت لغت لا تترك الشبهة ومن الناس من الحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في دف ولا طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتتمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل ان متلفه لا يضمنه وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن آخذها يتاول الكسر فيها وكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والابنوس بفتح الهمزة وفتح الباء وقوله ولا يوجد بصورها مباحة في دار الاسلام انما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله واذا اتخذ من الخشب اوان فرق بين الخشب المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته وبعدها بحيث انهم يدخلونه في الحرز واما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يطرحونه في غير الحرز حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله وانما يجب القطع اي في الابواب في غير المركب بالجدار اما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به واما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا يكون محرزا قبل هذا في الباب البراني واما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه محرز بالبراني وقوله وانما يجب اذا كان حقيقتا ظاهر وقوله ولا قطع على خائن الخيانة هو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب ان يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدته او قرية والاختلاس ان يأخذ من البيت بسرعة جهرا والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح قال ولا قطع على النباش اختلف الصحابة رضي الله عنهم في قطع النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير يوجب القطع على النباش وقال ابن عباس رضي الله عنه لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من الصحابة من بقي في عهد مروان على ما روي ان نباشا اتي به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله وبالاول اخذ ابو يوسف والشافعي رحمهما الله لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان الباس الثوب الميت لا يخرجه عن التقوم واما انه محرز فلانه ليس بمضيع الا ترى ان الاب والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي لا يضمنان ولو لم يكن محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان واما انه بحرز مثله فحرز الحجر فيما بينه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع

ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع لان الشاة لا يحرز بالحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمي واخراج سائر الاموال وقوله ولهما اي لابي حنيفة ومحمد وكلامه تام لا يحتاج الى الشرح وقوله وان كان القبر في بيت مقفل بسكون القاف من اقفل الباب وقوله فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت لان موضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل احد من الناس تاويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه السلام لا قطع على المختفي والمختفي وهو قوله لانه لا مالك له الميت حقيقة وقوله ولا يقطع السارق من بيت المال ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى ما يفهم من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا لما قلنا اشارة اليه وقوله والحال والمؤجل فيه اي في عدم القطع سواء اما اذا كان حالا فظاهر واما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل ليس الا لتاخير المطالبة واما نفس الوجوب الذي فثابت قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع فانه سرق ما لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاخذ ان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء وقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر وقوله لان له ان يأخذه عند بعض العلماء يريد به ابن ابي ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له ان يأخذه رهنا بحقه و اختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس ان لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن ترك ذلك فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى حتى لو ادعى ذلك اي انه اخذه قضاء لحقه او رهنا به درأ الحد عنه لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التاويل عندنا قوله ولو كان حقه دراهم ظاهر وقوله لان النيابة متكاملة كالاولى وجه التشبيه هو ان المتاع معدودة على المسروق منه في حق السارق لعين اخرى في حق حكم الضمان حتى لو غصبها او اتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما انه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية واما كونه انجح فلما في التقادم الزاجر وقوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد اشارة الى قوله بعد اوراق ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه الخ وسقوط عصمة المحل توجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقي شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه وقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الخ وقوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما في صورة الغزل وهو قوله فيما يلي بقوله فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا الخ وقوله وقيام الموجب اي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله بخلاف ما ذكر يعني ابا يوسف من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه واصله حديث بريدة رضي الله عنه وهو معروف وقوله ولان تكرار الجناية معطوف على قوله ولنا ان القطع هو دليل وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر لتحمله مشقة الزاجر والنادر تعري عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا فانه يكون بالحد في كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من زنى بامراة فحد ثم زنى بتلك المراة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بخصومته فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين ما نحن فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروقة في المرة الاولى وقوله فان تغيرت عن حالها ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد

فصل

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد ان البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة الوجه والكف على ما سيجيء في كتاب الكراهية **قوله** وفي الثاني يعني في ذي الرحم المحرم خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره قطع لوجود الحرز **قوله** وان سرق من امه من الرضاع ظاهر وقوله والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا يحترم اي لا يجعل حرمة قوية عادة كما اذا ثبت بعض المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المراة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل تقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبت بالتقبيل عن شهوة **قوله** واقرب من ذلك اي من الحرمة الثابتة بالزنا الاخت من الرضاعة يعني ان الام من الرضاع اشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة القطع فيجب ان يكون موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع اقرب من الحاقه بالزنا **قوله** وهذا اي القطع مع الدخول عليهما من غير استيذان وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا يسقط محرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الاخر ظاهر وقوله ودلالة معناه انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال فلان يبذل المال اولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا يقبل للاخر عندنا وعنده يقبل في احد قوليه بل هذا اولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان يمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات اولى وقوله وهو ماثور عن علي ورد وانقلنا يريد به ما روي عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا **قال** والحرز على نوعين الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين وفي الشرع ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما منقول عن الاخر فانه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز وان سرق من البيت وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلو سرق من بيت ماذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان **قوله** هو الصحيح احتراز عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة رحمه الله يقطع فيه ووجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة وهذا ايضا مما يدلك على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع عنده او تحته هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه **قوله** هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى انه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة وقال المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى بعض قال فيهما انهما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيها اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية **قوله** ولا قطع على من سرق من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه **قوله** يدخل في ذلك اي في قوله او من بيت اذن للناس في دخوله **قوله** الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع وقوله ومن سرق من المسجد متاعا ظاهر وقوله ومن سرق سرقة اي ما يسمى الشيء المسروق سرقة مجازا ومنه قولهم اذا كانت السرقة مصحفا **قوله** وان كانت فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت وقوله وان اغار انسان اي دخل بسرعة قال في النهاية ناقلا عن المغرب ان لفظ شمس الائمة الحلواني والصدر الشهيد واما لفظ محمد فهو وان اغار انسان من اهل المقاصير على منزل من بيت مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي كذلك وكانه اصح لان الاغارة من باب السرقة غير لائقة لان السرقة اخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة وقد يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير يدخل على بعض اخر بالنهار جهرا ومكابرة ومختفيا عن عين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز

ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد رحمه الله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله اغار اشارة الى ما بين المعنيين **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الى آخره **قوله** واذا نقب اللص البيت ظاهر وقوله وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذه اشارة الى مسئلة نقب البيت وقوله وان القاه في الطريق واضح وحاصله ان يده ثبتت عليه بالاخذ ثم الرمي الى الطريق لم يزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد يقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع وقوله ولم يعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجب سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية منعا لم يرد ما ذكره زفر انه خرج من الحرز ولا مال في يده **قوله** فاعتبرت الجملة اي القاؤه في الطريق ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا **قوله** واذا خرج ولم يأخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله وكذا ان حمله على حمار فساقه ظاهر **قوله** واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولا يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل معينا والفرق بينهما انهما لم يدخلوا البيت لم يتاكد معاونتهم اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الاخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان بالغا عاقلا اما اذا كان الاخذ الحامل صبيا او مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للاخذ الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو اصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول ابي حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد فقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال ابو يوسف يجب القطع الا على الصبي والمجنون **قوله** ومن نقب البيت واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارى كذا في المغرب وبه يدفع ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده فيخرج المتاع من غير ان يدخل **قوله** بخلاف الصندوق جواب عن قوله كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فانه قيل لو كان الكمال في هذا الحرز شرطا احترازا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد وان لم يصره الطرار هو قطع الهميان اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود وفيه الدراهم في هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس يجري على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا ادخل يده في الكم فطرها **قوله** فلا يوجد هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه **قوله** في الوجهين اي من الخارج والداخل **قوله** ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان ادخل اليد في الكم الا انه ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله لانه يعتمده اي لان صاحب الكم في حفظ المال لا يقام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من احد امرين قطع المسافة او الاستراحة وذلك لانه اما ان يكون في حالة المشي او في غير حالته ففي الاول قصده قطع المسافة لا لحفظ المال وفي الثاني قصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا ترى ان من شق الجوالق الذي على ابل تسير واخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لا يقطع لان السائق او القائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا على ما هو المذكور في الكتاب **قوله** وان سرق من القطار بعيرا وقطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤوا ارسالا وقوله وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح والله اعلم بالصواب

فصل لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع في الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه فالقطع ما تلوناه يعني قوله تعالى والسارق والسارقة والبيان بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل عن الرسغ متيقن به من حيث القطع والمقطوع لكونه اقل فتوقفنا من حيث

القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فتقطع اصابعه ليزول تمكنه
من البطش بها لان قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف النص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز
عن قول الخوارج يقطع عن السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الاباط لان فيه تكثيرا للمقطوع وقوله
كيف وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند والحسم روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم اتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا
به فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقوله ولانه لو لم يحسم ظاهر وقوله وخلد في السجن حتى يموت حاصله ان السارق لا يؤتى
على اطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه اول سرقة ورجله اليسرى في ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعي بعد
الرابعة يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل وقوله ويروى مفسرا كما هو مذهبه هو في حديث ابي هريرة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الاولى يقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد
اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وقوله ولان الثالثة ظاهر وقوله فحجهم اي غلبهم في الحجة يقال حاجه فحجه اي
ناظره بالحجة فغلبه بها وقوله بخلاف القصاص جواب تقريره لو قطع رجل اربعة اطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم
من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة نادرا لوجود
وتقرير الجواب ان القصاص حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص والحديث الذي رواه الشافعي دليلا على دعواه هذه
طعن فيه الطحاوي تتبعنا هذه الاثار فلم نجد لشيء منها اصلا اشار بها الى رواه الشافعي وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي
انه حديث لا اصل له لان كل من يعتنا من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او نحمله على السياسة بدليل ما ورد
في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة وقوله لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني ان كانت يده اليسرى
مأوفة او شلاء او كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه واضح قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق
الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد
يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما امره فانه امره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا
قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شيء عليه لان يمينه اليد قد سقطت بقضاء الامام وكلامه
واضح وقوله بغير حق دليله ان الحق في اليمين في السرقة وهو ايضا لم يقطع يسارا احد لكونه حق قطع اليسار قصاصا ولا اذا
حيث لم يخطئ لان الكلام فيما اذا اجتهد في قطع اليسار فلا يعفى كما لو قطع رجله او اخته وان كان في المجتهدات لان المجتهد لا يعذر
فيما اخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة
وهي قوله تعالى فاقطعوا ايديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة
بخلاف ضمان المال وقوله ولابي حنيفة تقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لكنه
اخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا وعلى هذا التقدير لو قطعه غير الحداد اي لو قطع يسار السارق
غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين ان يكون
قاطع اليسار مأمور الحاكم او اجنبيا غير مأمور وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه
ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص وفي الخطأ الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى
الاستهلاك ويرد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك وقوله ولو اخرج السارق يساره ظاهر وقوله
ثم في العمد عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله عليه اي على السارق ضمان المال المسروق ان كان هالكا لانه لم يقطع حدا
وانما خص ابا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لمن عسى يتوهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده
حيث لم يوجب الضمان على الحداد فازال ذلك ببيان وجوب الضمان ايذانا بان القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا
والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار انه اخلف خيرا لا باعتبار ان القطع وقع حدا واما على مذهبهما
فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق حال العدم لزوم
الجمع بين الضمان والقطع حدا وقوله وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع حدا لم يوجد

ماينافي

ماينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة وعلى طريقة الاجتهاد الذي قلنا في طريق
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان اليد عن الحداد بطل بطريق الاجتهاد لا يضمن السارق المال لوقوع القطع موقع
الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان قال ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف
العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلب السرقة للقطع فقال ابن ابي ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على
السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله ان اقر السارق بالسرقة
فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة تبتنى على الدعوة في الحال فما لم يحضر هو او نائبه
لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند
الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه
تنتفي السرقة وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز
وكلامه في الكتاب واضح خلا ان فيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا يظهر الا بخصومته هو
معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها اي لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور
والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد
تقدم وقوله وصاحب الربوا تأويل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته
عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربوا فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة
بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق وقوله وكل من له يد حافظة يريد متولي الوقف والاب والوصي
ولو سرق سارق من احد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم يكن السرقة من عنده لقيام الملك وقوله الا ان الراهن استثناء منقطع
وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده وفي بعضها حال
قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا اما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق
الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله
ان يقطعه لانه له ان يأخذه وكذا في الايضاح واما عقلا فلان السارق انما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس
للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والمراد في بدونه راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن
وكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن امرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه وقضاء
الدين لحصول ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ والثابت
بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر في حق القطع لانه فيه اي في ظهورها تفويت الصيانة لان المال المضمون على السارق
لو استوفي القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييعا لا صيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة ولنا السرقة موجبة
القطع في نفسها وهذا ظاهر والسرقة قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة
غير معتبرة لان الاعتبار بحاجتهم الى استرداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة الملك لحاجته الى
اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل لتحصيل الاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هؤلاء اما المستأجر والمستعير
فلاحتياجهما الى الانتفاع به بالمحل واما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ
واذا ثبت ان الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع وقوله والمقصود من
الخصومة اي مقصود صاحب اليد احياء حق المالك وسقوط الضمان بسقوط العصمة من ضرورة القطع فكان ضمنيا
والضمني غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض
جواب سؤال مقدر تقريره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما هو في مسئلة قبل هذا لاحتمال
انه لو حضر اقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن
فان فيه شبهة موهومة ايضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق ذلك ومع ذلك لم
يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد

رحمهما الله ان المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز
ان يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم
يحضر مع ان العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار بوجوده
وشبهة الاذن بالدخول في الحرز والاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع اجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن
فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة في دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها
لم تكن كذلك قال وان قطع سارق المسروق اذا سرقه من السارق فاما ان يكون قبل قطع يده او بعده فان كان الثاني
لم يكن له اي السارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب
الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبه في نفسها والثاني ان يده لم تبق من الايدي التي ذكرناها من ملك ووديعة وخصومة من هذه
صفة لا تعتبر في القطع واما المالك فللوجه الاول وقوله الاول اي السارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية
لحاجته اذ الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن ان تكون
يد ملك او ضمان او امانة ولم توجد وان كان الاول تقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج يده
عن كونها يد ضمان كان كذلك وقد انتفى ذلك بقصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع هنا ولذا قرره المصنف بينهما ومن سرق
سرقة فردها على المالك فاما ان يردها قبل الارتفاع الى الحاكم او بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان سكان الارتفاع وعدمه
سواء وجه ظاهر الرواية ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة يعني ان السرقة
تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت ان الخصومة شرط لظهور السرقة والسرقة قد انقطعت
بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة والخصومة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها
وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشي يتقرر بانتهائه
لا انه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا انه يبطل كالنكاح لكنها اعني الخصومة تجعل باقيا تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن
المسروق منه والى اخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا الى امراته او اجيره مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او جده سوا
كانوا في عياله او لم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها المالك وسلمها اياه او باعها اياه
لم يقطع وانما نسب المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت
الملك وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية
من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك وظهورا لان الفرض انه قضي عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها
وهذا العارض يعني ثبوت ملك السارق بالهبة او البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك بهما انما يكون
على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احتراز عما اذا اقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان
ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فتكون شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء يعني
استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او بالرجم او بالحد في هذا الباب يعني في باب الحدود لوقوع الاستغناء
عنه اي عن القضاء بالاستيفاء يعني ان القضاء في هذا الباب لا يفيد غناه الا بالاستيفاء لان القضاء للاظهار ولا اظهار هنا
لان القطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعري عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف
حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق الطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا فقه تفويض
استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق واذا كان كذلك اي اذا كان الامضاء من القضاء يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما
يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء
كالمقتول باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف
وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك
الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكانه لم يقض ولقائل ان يقول الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل

الاستيفاء

الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء تتمة من القضاء حتى اوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم
البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكن في صورة
الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وقد حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك وكان شبهة في رد الحد قال وكذلك
اذا انتقصت قيمتها من النصاب هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء بيان لذلك لان الكلام
في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله اعتبار النقصان في العين يعني بان هلك درهم من العشرة او استهلكه وهذا بناء
على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع
عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة
النصاب فيهما وجه الظاهر ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتداء يشترط قيامه عند الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين
النقصان في العين ان النقصان في العين مضمون عليه اي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا
ودينا وقت الاستيفاء كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر فغير مضمون وكان النصاب ناقصا عند القطع فصار
شبهة فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم تقم البينة وفسره المصنف بقوله
معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع
بالاتفاق وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة
دارئة والشبهة تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق ولا معتبر بما قاله انه لا يعجز سارق بدليل ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة
صحيح وما من مقر الا يتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا في اثبات الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة
حجة كاملة لما عرف ولا يلزم من ان يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور انما
هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه واما بالنسبة الى المقر فهما سواء وقوله واذا اقر الرجلان بسرقة
بناء على صحة الرجوع وقوله لان الرجوع عامل في حق الراجع يعني لعدم المكذوب ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة
تثبت باقرارهما على الشركة فيكون فعلا واحدا وقوله لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر
فلو قطعنا مع الشبهة وهو لا يجوز وجه القول الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب لان القضاء على الغائب لا يجوز
فكان الغائب في هذه الشهادة كانه معدوم والمعدوم لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المتحققة
الموجودة لا الموهومة على ما مر يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال واذا اقر العبد المحجور
عليه اذا اقر العبد بسرقة مال فلا يخلو اما ان يكون المال ماذونا له او محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما ان يكون المال
قائما بعينه او مستهلكا وكل ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى او صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي
وانتفاء المانع وان كذبه وهو ماذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم او مستهلك ويرد القائم على
المسروق منه وان كان محجورا عليه فان اقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان اقر بمال قائم بعينه في يده قال ابو حنيفة
تقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى وحكي عن الطحاوي
رحمه الله انه قال سمعت استاذي ابن ابي عمران يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ منه محمد ثم رجع
وقال كما قال ابو يوسف فاخذ به ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه واصل ذلك ان القطع اصل او المال
قال ابو حنيفة القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو قال ابغي المال ولا ابغي القطع لم يسقط
القطع وقال ابو يوسف كل منهما اصل اما اصالة القطع فيما قالوا في الحر اذا اقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو
وكذبه عمرو يصح اقراره في حق القطع دون المال واما اصالة المال فلانه اذا اقر بما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا
ان المال اصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال اصل والقطع تبعه ووجه
ابي يوسف في اصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى الفاظ فيها نقلها في الوجهين يعني فيما اذا كان المال قائما
بعينه او مستهلكا وقوله في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا عليه وماذونا له وفيما اذا كان المال قائما بعينه
او مستهلكا وقوله لانه يرد على نفسه يعني فيما اذا اقر بقتل الغير عمدا او طرفه بعين فيما اذا اقر بالسرقة وقوله يواخذ بالضمان

يعني في الاستهلاك **وقوله** والمال يعني ان كان قائما في يده وقوله من حيث انه ادمي يشير الى ان وجوب الحد باعتبار انه
ادمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر في اقراره بما يرجع الى استحقاق الحر ولهذا لا يملك المولى على عبده
الاقرار به فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق **وقوله** ثم يتعدي الى المالية يصح من حيث انه قال يعني لما صح اقراره
من حيث انه ادمي يصح من حيث انه مال ايضا بالتراية اليها لان ادميته لا تنفك عن ماليته **وقوله** لا يشتمل عليه
اي على العبد من الاضرار لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة فوق ما يلحق المولى ومثله مقبول على الغير اي
ومثل ما كان ضرر الاقرار فيه سار الى المقر والى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار
كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة تقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم
التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس اذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال
ديون الغرماء **وقوله** لا قطع على العبد في سرقة مال مولاه وقوله يريد ان المال اصل فيها اشارة الى ما مهدناه
من الاصل **وقوله** حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل ان يقول الملبس منه المال دون القطع ويثبت
المال دونه كما اذا شهد رجل وامرأتان به واقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع وفي عكسه بان قال اطلب القطع دون
المال لا تسمع الخصومة ولا يثبت المال دون القطع وقوله ولا يصح في حقه منه اي فلا يصح اقرار العبد في حق المولى
في المال **وقوله** والقطع يستحق بدونه اي بدون المال لان احد الحكمين ينفصل عن الاخر الا ترى انه قد ثبت
المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذلك يجوز ان يثبت القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك
وقوله لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي وقوله فيصح بالمال بناء عليه اي لما صح اقراره
بالقطع باعتبار انه ادمي مكلف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدناه من اصله **وقوله**
لان الاقرار يلاقي حالة البقاء يريد ان الاقرار بالشيء اظهار امر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقا على الاخبار
وقوله حتى يسقط بالرفع لان حتى بمعنى الفاء وقوله باعتباره اي باعتبار القطع لما يجيء من اصلنا ان القطع لا يجتمع
مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله من
التقوم الى غيره لان مقصوده انما يكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا
وجود للتابع مع عدم وجود الاصل **وقوله** بخلاف الحر جواب عما استشهد به ابو يوسف بقوله اذا قال الحر
الثوب الذي في يد زيد الخ وبيانه ان الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد الى عمرو ولا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه
يجعل المعترف له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال اليه لما مر ان السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد
اليه المال فاما هنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال مال المولى فلا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى
لا يقطع يده ثم اتفق ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فيرد الى الذي اقر
بالسرقة منه وقوله ولو صدقه المولى تقدم بيانه في اول البحث **قال** واذا قطع السارق والعين قائمة في يده كلامه واضح وقوله
كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يعني من حيث انه يجب قيمته للمالك وقيمة اخرى لجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى **وقوله**
او شرب الخمر الذي يعني على اصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عندنا وانكان للذمي ولنا ما روي عبد الرحمن بن عوف رضي الله
عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه لا يقال هذا الحديث يدل على ان العين اذا كانت قائمة
لا ترد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما وقوله ما يؤدي الى انتفائه هو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع **وقوله** اذ لو بقي معصوما حقا
للعبد لكان مباحا في نفسه لانه عرف بالاستقراء ان ما هو حرام حقا للغير فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراما
من وجه دون وجه فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هو ان تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه ثم يندر الحديث
فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه وهذا معنى ما ذكر في المبسوط اذا
صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق العبد فالحق في حق العبد فالاثم له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء
القطع لان الموجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان الحكم لاخذ مراعى ان استوفي به القطع تبين ان الحرمة الحاصلة
في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه من ان حرمة المالية والتقوم كالعبد

فيجب الضمان **وقوله** الا ان العصمة جواب سؤال تقريره العصمة لما انقلبت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر
وجب ان لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب ان سقوط العصمة
انما كان ضرورة تحقق القطع وما يثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى الى فعل اخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة في
حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة وهو كونه حراما لغيره يعتبر فيما هو السبب وهو السرقة لان اعتبار
الشبهة انما يكون لان يجعل السبب الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه الشبهة
ووجه المشهور عدم وجوب الضمان كما في الهلاك ان الاستهلاك اتمام المقصود بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق
لتصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا انه من ضرورات سقوطها في الهلاك لانتفاء المماثلة فان في الهلاك
سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك واقول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك
لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة
باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة من المضمون والمضمون به بالنص وفي منفية لان
المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه احد ضمنه هلك عنده او استهلكه والمضمون وهو المسروق
معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك فلا مماثلة بين المعصوم في الحالين والمعصوم في حالة واحدة ومن
الشارحين من قال لانه اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان
وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة
بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة
والذي يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف
ما يباعد فتامل **قال** ومن سرق سرقات فقطع في احدهما فهو لجميعها كلامه واضح قوله اما ان الحاضر ليس
بنائب عن الغائب تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط
ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم
مضمون لا محالة وله ان الواجب بالكل اي بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله وكل ما كان كذلك تتداخل وقد
وجد ذلك والخصومة شرط الظهور عند الحاكم وقد وجد ذلك ايضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعي وجوده لا وجوده
قصدا فاذا استوفي يعني ذلك القطع الواحد فالمستوفى كل الواجب الا ترى ان نفعه وهو الانزجار يرجع الى الكل
فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو ابراه الواحد
عن ضمان الكل نصا لم يبرأ اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول
ثم هنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم ان وقوع القطع لجميع
السرقات بالاجماع وقد علم ان القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحد منها بعد ذلك جمع بين القطع
والضمان فذلك بنا فيقولوا على هذا الخلاف اذا كان الغصب كلها للواحد يعني لو سرق النصب من نحو واحد مرارا
فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط
به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة ابدا تتلو الثابت ذكرا ومن سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه
وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم قطع فقد يقيد بان لكون الشق في الدار وان يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار
لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا
ولانه اذا شقه في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الاول دون
الثاني وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا
قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء اخذ الثوب بالضمان لا يعقد سبب الملك لانه لو لم يعقد لما وجب التملك تكره من السارق

وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك هنا والجامع بينهما ان السرقة تمت على
ملك غيرهما ولكن للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله
ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم انه لم يثبت سبب الملك وانما الملك يثبت له ضرورة ان الضمان
كيلا لا في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو سبب الضمان لا يورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس
الاخذ فانه يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم يعتبر شبهة وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب
فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك هنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما ذكر
ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع
لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا بقاء الاصل عندكم ان القطع والضمان
لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهو ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو انه
ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصابا واورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل
غير السرقة مع انه لا يجب الضمان ومن هذا ذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب ان القطع للباقي بعد
الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشيء اخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه
لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة سقط
القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله اي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا
وهو الذي يفوت به بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو يفوت به بعض النفع في الصحيح على ما يجيء تمام الكلام
في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة
وقوله فان سرق شاة فذبحها ظاهر وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي يساوي عشرة دراهم فصنعه دراهم
او دنانير قطع فيه وهو ظاهر وقوله واصله في الغصب يريد ان ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة
يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة يقطعه عندهما خلافا له لهما ان هذه الصنعة بدلت العين اسما وحكما
ومقصودا وكل ما كان كذلك يقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة او حديدا فجعله ذراعا فانه
يقطع به حق المالك وله ان عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فاذا اعادها الى
الاولى تمكنه والصنعة هنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن له الا ان كل وتحقق الصنعة والعين المسروقة
متقومة وما كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم اولى من الزائل الغير المتقوم وقوله فلم يملك عنه اي عن المسروق
وفي بعض النسخ عنها اي عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات اصله حديث
بريرة وقوله فان سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسألة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر الى اخره
فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في السارق سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال
لم يؤخذ منه ولم يكن لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو
لا يدل على التعقيب ولكن قول المصنف الا ترى انه غير مضمون الى اخره انما يستقيم اذا كانت صورة المسألة ما قال
وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الصبغ قائم صورة ومعنى اما صورة
فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب
قائم صورة لتمكنه من الاسترداد لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك وكان جانب السارق مرجحا
كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسألة الغصب لبقاء الوجود ورجحنا جانب المالك بما
ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد ولا
يؤخذ عند ابي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم
يكن حق السارق قائما فيه معنى فلا يوجب انقطاع حق المالك واما عند محمد فان السواد وان كان عنده ايضا

كالحمرة

كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ
الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان الماخوذ منه وهو المالك
او من يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع
الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ اموالهم وهتك حرزهم ولهذا اغلظ الحد في حق قطاع الطريق
وانما اخره عن السرقة الصغرى لانه اكثر وجودا منه وقوله واذا خرج جماعة قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول
المسلم والذمي والحربي والحر والعبد واراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع بجوده وضرر
عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله قتلهم حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قاطع
الطريق محاربين لان المسافر في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى فاذا اخذوه على سبيل المغالبة كانت
في صورة المحارب وقوله والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك ان
الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة او وقوله وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة يعني قوله فاخذوا
قبل ان ياخذوا مالا ولا يقتلوا نفسا وقوله وان اخذوا مال مسلم او ذمي وقوله وان قتلوا ولم ياخذوا مالا
والرابعة ما يذكر بعيد هذا من القتل واخذ المال وقوله ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال اي على
حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق فاللائق تغلظ الحكم اي الجزاء بتغلظ الجناية لا التخيير لانه يستلزم
مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف او بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في
التقرير وقوله فلانه المراد بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب ليؤخذ في
كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ مما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ
بما لا نظير له وقوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الى اخره قال الحسن بن زياد الشرط ان يكون
نصيب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها
عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا يغلظ الحد ههنا انما
لتغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال الماخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة
سواء وقوله كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء او مقطوعة لم يقطع رجله اليسرى
وقوله فالامام بالخيار خاصة ان الامام بالخيار في الجمع بين العقوبتين بين قطع الايدي والارجل مع القتل
او الصلب وبين القتل او الصلب ابتداء من غير قطع الايدي والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك
قطع الايدي والارجل بين القتل والصلب وكان الخيار للامام في الموضعين وهذا قول ابي حنيفة وذكر في
الكتاب قول ابي يوسف معه وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف معه
لانه اي قطع الطريق جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس دخل في النفس في باب الحد كحد السرقة
والرجم فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله وقوله ولهما اي لابي حنيفة
وابي يوسف وهو ظاهر والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل
لو كان حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع
ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في اجزاء حد واحد وكان له ان يبتدئ القتل ابتداء
بالقتل ثم لك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة ثم مات فانه يترك ما
بقي لانه لا فائدة في اقامته والبيع الشيء من حد منع وقوله وعن الكرخي مثله اي مثل ما نقل عن ابي يوسف انه قال يبعج
وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله وعن الكرخي مثل توقيا عن المثلة لانها منهي عنها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله لما ذكرنا اي بالصلب ثلاثة ايام قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه

اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه فيما اخذ كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح وقوله الحاذوا الله اي انضموا
وقوله وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد خرج جملة الامام لمن فيه حالة خامسة من احوال قطاع الطريق
والمصنف لم يذكرها في الاجمال بل قال هي اربعة لان مراد المصنف الاحوال التي تدل عليها الاية المذكورة في النص
جملة وهي اربعة كما ذكره وقوله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط المال بناء على ان ما دون النفس يجري مجرى
الاموال فكان سقوطها العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم
يسقط لصارت شبهة في وجوب الحد اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه علم ان حق الله تعالى
ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان شاء الاولياء قتلوه يعني قصاصا وقوله للاستثناء
المذكور في النص يريد قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم واعترض
بان قوله الا الذين تابوا ههنا نظيره في قوله واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فيكون استثناء من قوله
ولهم في الاخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله واولئك
هم الفاسقون لا يصلح جزاء قد قررناه في التقرير بخلاف قوله ولهم في الاخرة عذاب عظيم واعترض ايضا بان التوبة
متوقفة على رد المال والا فان كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله اولا لان التوبة يتوقف على رد المال وان
كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول فلا تكون علة مستقلة اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد
جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة
وهي للاقلاع في الحال والاجتناب في المال والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة
بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها
فالمصنف رحمه الله جمع بين قولي الشيخ بهذا الطريق ذكر الاختلاف للامام المحقق فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه
وقوله ولا قطع في مثله اي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب
القطع وقوله فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد
في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو وقوله ويجب الضمان معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص
واعترض بان وجوب الضمان بسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ
فكيف يتصور الهلاك والاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب بان تفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد
مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الاخر وهلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان واقول
هذا انما يتم ان لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك واما اذا كانت متوقفة على رد
جميع المال فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما بني على قول البعض الاخر من المشايخ وقوله وفي عكسه يعكس المعنى
والحكم يعني اذا باشر غير العقلاء والعقلاء والخلاف في الاصل ولذا الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله فصار كالخاطي مع العامد
يعني كما اذا رمى سهما الى انسان عمدا ورماه اخر خطا واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص على العامد
لان الفعل واحد فيكون فعل الخاطي شبهة في حق العامد وقوله فقد قيل تاويله ذهب ابو بكر الرازي رحمه الله الى
ان المسئلة محمولة على ما اذا المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم فانه لا يجب
الحد على الباقين لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع عن احدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين واما اذا كان لكل
واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لان الاخير من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز ذي
رحم محرم من احدهم مالا ومن حرز اجنبي مالا اخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي رحم محرم ماله ومال غيره
لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله والاصح انه مطلق اي ليس بمقيد
بكون المال مشتركا لان الجناية واحدة على ما ذكرناه في حقيقته وان فرقنا الامتناع في حق البعض يوجب الامتناع
في حق الباقين بخلاف السرقة من حرز غير من حرز اخر لان كل واحد من الفعلين منفصل عن الاخر حقيقة وحكما وقوله

خلاف

خلاف ما اذا كان فيهم مستأمن جواب سؤال تقريره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم
المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستأمن فيهم ايضا وتقرير الجواب
ان الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة وهو ان الخلل يخص المستأمن ولا يصير شبهة لان الشبهة في غيره
لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الحربي وغيره دراهم واما وجود ذي رحم محرم من قطاع الطريق
فيورث شبهة الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان كان القريب سرق مال القريب ومال الاجنبي من
بيت القريب فانه لا يقطع شبهة تمكنت في الحرز وقوله ومن قطع الطريق ظاهر وقوله ولا يتحقق ذلك في المصر
وبقرب منه قدرا لتمدد بين المصر ومن القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله لما بينا اشارة الى قوله
لظهور حق العبد وقوله ومن خنق رجلا اي بالحنق من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر
النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي والله اعلم

كتاب السير

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به الا ان
الحدود معاملة مع المسلمين غالبا او على الخصوص في حد الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم
ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله
عليه وسلم في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان الشرع على امور المغازي
وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوة العدو وقصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة
والمغزاة **قال** الجهاد فرض على الكفاية • قيل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق وقتال من امتنع عن
القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين
اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية ولقوله عليه السلام الجهاد ماض
الى يوم القيمة اي نافذ من مضى في الامر مضيا اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد
اجيب بان خبر الواحد اذا تايد بالادلة القطعية صح اثبات الفرضية به وههنا تايد هذا الحديث بقوله فاقتلوا
او بالاجماع وفيه نظر لانا لا نسلم انه اذا تايد بالقطع افاد الفرضية فان الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي
لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم يذكر للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيمة فان
الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز ان يكون بيانا لما احتمله النص واما
كونه فرضا على الكفاية فلانه ما افترض لعينه لكونه افسادا في نفسه بتخريب البلاد وافناء العباد لكن لاعزاز
دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام
والمراد بالكراع الخيل وقوله انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شبابا وشيوخا او مهازيل وسمانا او صحاحا
ومراضا واعترض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تخصيصه بالنفير العام واجيب بانه دفع
الحرج ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان
النبي صلى الله عليه وسلم الله تعالى قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله
الحسنى ووجه الاستدلال ان الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق
القاعد الوعيد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه واما
من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما بعجز القريب عن المقاومة مع العدو واما بالتكاسل
فحينئذ يفترض على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج وقوله
فان هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية او بالاول قوله الجهاد واجب الا ان المسلمين في
سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وكان مجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة الى ذلك واخره وهو قوله
حتى يحتاج البعض اي النفير العام **قال** وقتال الكفار واجب • وان لم يبدؤا وقتال الكفار الذين امتنعوا

عن الاسلام واداء الجزية واجيب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات الواردة في ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم
حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على
ان قتال الكفار انما يجب اذا ابتدؤا بالقتال اجيب بانه منسوخ وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء
مأمورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة الاية ثم اذن بالقتال ابتداء في بعض الازمان
اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون الاية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر بالقتال
ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الاية ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا
في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
الاية وقوله ولا يجب الجهاد على صبي ظاهر وقوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء اراد بالجعل ما يضربه
الامام للغزاة على الناس مما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة حرام
فما يشبه الاجرة يكون مكروها وقوله يغزي الاعزب يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو
ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء في الحديث هؤلاء العزاب والنجيص الذاهب من بلد
الى بلد

كتاب كيفية القتال

لما كان الامر الاول في باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته المدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان
محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة اكبر من الحصن وقوله دعوهم الى الاسلام قيل لا يجوز
ان يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة او لم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى
وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا
قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلوة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع
في القتال وقوله كفوا عن قتالهم اي امتنعوا عن قتالهم او منعوا انفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله
على ما نطق به النص يعني قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى ان قال حتى يعطوا الجزية عن يد وقوله
وهذا في حق من تقبل منه الجزية ظاهر وقوله فكفي بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال بنصب مؤنة
على المفعول الثاني وقوله للنهي اشارة الى ما روي انه عليه السلام بعث عليا رضي الله عنه في سرية وقال
لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله لعدم العاصم اي الموجب للغرامة وهو الدين على مذهب
الشافعي رحمه الله او الاحراز بالدار على مذهبنا وقوله مبالغة في الانذار لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل
قوما من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلوة ثم دعاهم بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه وقوله اغار
على بني المصطلق اي اخرجهم من جانبهم بهجومه عليهم وهم غارون اي غافلون وابنى على وزن رحلي موضع
بالشام وقيل اسم قبيلة والغارة لا تكون بدعوة لان فيها استر الامر والاسراع لانها اسم مصدر للاغارة
التي هي مصدر اغار الثعلب او الفرس اغارة وغارة اذا اسرع في العدو وقوله التوبة على وزن مضغة الذل
والكتب هو الذل والهوان وقوله وان كان فيهم اسير او تاجر رده لما قال الحسن بن زياد انه اذا علم ان
فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنيع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز
الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى من هذا الوجه
وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجمعه للتشبيه المعنوي بينها وبين بيضة
النعامة وغيرها لان البيضة مجمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص واذا اجتمعا تعارضا قدم دفع الضرر
العام على الخاص ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم اسير او تاجر فلو امتنع عن الرمي باعتباره لسد
بابه اي باب الجهاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام الى اخره وقوله وما اصابوه
منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي رحمه الله فيه الدية

والكفارة

والكفارة لان هذا هو من صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان
عالما بحقيقة حال من نصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه واما ان الجهاد
فرض وكلما هو فرض فالغرامات لا تقرن به لان الفرض مأمور لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهي
عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا التعليل في معارضة قوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر
والتعليل في مقابلة النص باطل اجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فخص صورة النزاع بما قلنا وفيه
وفيه نظر لان القران يشترط وهو ممنوع واقول قوله عليه السلام ليس في الاسلام معناه في دار الاسلام مفرج وما
لمعار الاسلام
نحن فيه ليس بدار الاسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة جواب عما قاس عليه الحسن وقال الحلال في الرمي لضرورة
اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كالتناول لمال الغير حالة المخمصة يطلق بمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب
ان الجائع يتقدم على التناول عند رفع الخطر وان كان فيه ضمان لما فيه صلاح من احياء نفسه وهو منفعة عظيمة
فيحمل بسببها ضرر الضمان اما الجهاد فمبني على الاتلاف اتلاف النفس اي نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب
الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز كما لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام
فيما اذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز ان يكون معناه الجهاد يبنى على
الاتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما ان يقتل وقد يصادف المسلم او يقتل فلو لزمنا الضمان امتنع عن الجهاد
المفروض لكونه خاسرا في تلك الحالين بخلاف ما اذا الرمي بعضه وقوله هذا الضمان منصوب على المفعول به

قال ولا بأس باخراج النساء والمصاحف كلامه واضح سوى ما ننبه عليه السرية
عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن ابي حنيفة اقل السرية مائة وقال محمد في
السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه ثلثة ولو بعث بما دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قبل
نفسه اقل السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة الاف وقوله وهو التأويل الصحيح لقوله صلى الله
عليه وسلم لا تسافروا بالقران في ارض العدو رواه ابن عمر رضي الله عنهما وانما قيد التأويل بالصحيح احترازا
عما قال ابو الحسن ان النهي كان في ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روي عن الطحاوي رحمه
الله وقوله لما بينا اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج **وقوله**
الا ان يهجم استثناء من قوله لا تقاتل يعني عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين
ولا يظهر حق المولى والزوج عنده وقوله والمثلة المروية يقال مثلت بالرجل اذا نكلت به مثلة
ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه وما اشبه ذلك وقلة مثلة العرنيين … وقد
انتسخت بالنهي المتأخر روى عمران بن الحصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا
بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على
تأكيد الحرمة **وقوله** ولا شيخا فانيا قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي
لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من اهل الراي
والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه بقتاله محارب وبصياحه يحرض على القتال وبالاحبال
يكثر المحارب وقوله لان المبيح عندنا اي لقتال الكفر وعندنا هو الحراب وقوله لما بينا اشارة الى قوله
وبهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد بالذراري ههنا النساء وقوله وهذا كله تنبيه الحكم
باحرها الملك وقوله الا ان يكون احدهما ملكا او له رأي في الحرب لما صح ان رسول الله صلى الله عليه
قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأي
وقوله وهو في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل او لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه
انما يقتل في حال افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب وقوله امتنع عنه اي يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائمه

ونحو ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه مقصود الامام

باب الموادعة

ومن يجوز أمانه . الموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان ذلك مصلحة قيل عليه ان قوله تعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للمدعي واجيب بان هذه الاية محمولة على ما اذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل اية اخرى هي قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الايات الموجبة للقتال والاجماع الناقض لما ان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة ولا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكرنا بدلالة موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ما ذكر في الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان علة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وتنقص وقوله لتعدي المعنى يعني دفع الشر وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم عملا بقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر حيث تركوا القتال واما معنى فانه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشيء من يده طرحه ورمى به ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وقوله نبذ اليهم اي بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر اي فيها وفاء وقوله ولا بد من اعتبار مدة الى آخره قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا انك لتعودوا لما كانوا عليه من النقض وكان ذلك للتحرز عن الغدر وقوله لما بينا من قبل يعني قوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله لانه مأخوذ بالقوة معنى يعني فيكون كالمأخوذ غنيمة صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال وقوله لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين فحينئذ لا بأس بدفع المال لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما اخبر الله عنهم بقوله تعالى هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصين وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وقالا يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض لما امرت به وان كان رايا رايته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون من ثمار المدينة الا بشراء او قرى فاذ اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه السلام اني رايت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم فذلك فانتم وذلك اذهبوا فلا نعطيهم الا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء لما احس بالضعف بالمسلمين فحين راى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك وقوله باي طريق يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر او بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو من رخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا واجيب عنها بان معنى الكلام باي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها وقوله الواجب يعني الثابت فيندفع به وقوله ولا نجهز اليهم اي لا نبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله لما بينا يعني قوله لان فيه تقوية لهم على قتال المسلمين ويقال ما لا هل اي اتاهم بالطعام

فصل في الأمان

لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله ونبغي بذمتهم ادناهم اي يعهدهم واما نهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد لانه اقل منه واما فرادى ههنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه حمله من الدناءة والعبد ادنى المسلمين وقوله ولان اي ولان كل واحد من الرجل والمرأة من اهل القتال اما الرجل فظاهر واما المرأة فبالتسبب بالمال او العبيد واما قوله صلى الله عليه وسلم لها ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله فيلاقاه اي لملاقاة الامان هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله ثم يتعدى اي الامان الى غيره اي غير الذي امن من اهل الاسلام كما شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره وقوله ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق بالقلب فكذا الامان لا يتجزى فاذا تحقق من بعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول لعدم تحقق السبب فتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من احدى الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سببه ولايته وهو القرابة غير متجز فلا يتجزى الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المصنف استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احدهما كون من يعطي الامان ممن يخافونه وفي اخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو عن الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن ان يجعل الاول علة والاخر شرطا وسماه سببا مجازا والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه ويجيء في كلامه اشارة الى قوله هذا وقوله الا ان يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم وقوله وقد بيناه يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الى آخره والبداءة ايضا بقوله لما بينا قبل قوله ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة وقوله يجوز ان يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذه يجوز ان يكون اعادة تمهيدا او توطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رايه اي لسبقه على راي الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالراي وهو افتعال من الفوت وهو السبق وقوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم اي بالكفار للاتحاد في الاعتقاد وقوله لا يصح امانه لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف الى

قال ولا يجوز امان العبد اتفق العلماء على ان امان العبد صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهم بالفارسية عتر سيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح امانه عند ابي حنيفة رضي الله ويصح عند محمد والشافعي وذكر الكرخي قول ابي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكره الطحاوي مع ابي حنيفة وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدل لاجل محمد بالحديث ظاهر وقوله ولانه مؤمن ممتنع اي ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته والخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله والمؤبد من الامان يعني عقد الذمة فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله فالامان لكونه شرطا للعبادة يعني شرطنا الايمان في قولنا ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم ويجيء في كلامه اشارة الى هذا وقوله والامتناع والامتناع يعني شرطنا ليتحقق ازالة الخوف به وقوله والتاثير اعزاز الدين يعني العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على الماذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الى آخره وتحقق هذا ان الوصف المؤثر في امان العبد الماذون له الامتناع وشرطه الايمان

وهذا الوصف معتدل لظهور أثره وهو إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا
الحكم وهو الأمان في الحر فإذا وجد في العبد غلبه صح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة قال وإنما
لا يملك المسابقة جواب عما يقال الأصل في الجهاد هو المسابقة وهو لا يملكه فلا يملك الأمان أيضا
إنما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل لمنافعه في مجرد القول
وقوله ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لأن الامتناع
إنما يكون لتحقق إزالة الخوف وهم لا يخافونه وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره
أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه وفيه نظر فإن الخوف أمر باطن لا دليل
على وجوده ولا عدمه فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب أن ذلك يعلم بترك المسابقة
فإنهم لما رأوا شابا مقتدرا على القتال لم يقاتلهم ولا حمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك ممن
له المنع ولو قال المصنف أنه محجور عن القتال والأمان نوع قتال لكان أسهل إثباتا لمذهب أبي حنيفة رضي الله
عنه فتأمل وقوله وفيما ذكرناه يريد أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله وفيه
سد باب الاستغنام أي على المسلمين وقوله بخلاف المؤبد جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد
الذمة لأنه أي الأمان المؤبد خلف عن الإسلام من حيث أنه ينتهي به القتال المطلوب به إسلام الحربي
فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام وهي نفع ولأنه مقابل بالجزية وهي نفع ولأنه مفروض عند مسألتهم
ذلك يعني أن الكفار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الإمام إجابتهم إليه وإسقاط الفرض نفع فافترقا وقوله
فهو على الخلاف يعني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح أمانه وعند محمد يصح وقوله فالأصح أنه يصح بالاتفاق
أي باتفاق أصحابنا للبر على الخلاف لأنه تصرف دائر بين النفع والضر كالبيع فيملكه الصبي بعد الإذن

باب الغنائم وقسمتها

● أخر باب
الغنائم عن فصل الأمان لأن الإمام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقاتلهم ويستغنم أموالهم
فلما فرغ من ذكر الأمان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها
أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهرا قال في النهاية وقوله
قهرا تفسير له لغة لأن عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهرا متعد بل يكون هو تفسيره من طريق
ثمرة الذل هو لازم الذلة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة مستلزم للقهر فهو بالخيار إن شاء قسمه أي قسم
البلدة بتأويل البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وإن شاء أقر أهله عليه ووضع
عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة
فإن قيل قد خالفه في ذلك جماعة بقوله ولم يحمد من خالفه يريد نفرا يسيرا منهم بلالا حتى دعا عليهم
على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف إلا ماتوا جميعا وفي كل من قوله
نظر ولقائل أن يقول لا نسلم أن أحدا من الصحابة بل أكثرهم تصير فقوله على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله
عليه وسلم إذا لم يصل إلى الإجماع والجواب عنه من وجهين أحدهما أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم إذا لم يعلم
أنه عليه الصلاة والسلام على أي وجه فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الإباحة وحينئذ لا يستوجب العمل
لا محالة فإذا ظهر دليل الصحابة جاز أن يعمل بخلافه والثاني أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل
ذلك وجوبا فإن عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاءوا من بعدهم
بعد قوله تعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى فيكون ثابتا بإشارة
النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الإمام فالواجب المخير كما في خصال
الكفارة ففعل النبي صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر رضي الله عنه الآخر وقيل في التوفيق بينهما

ان الاولى

أن الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فإن كان عند حاجة المسلمين
والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر رضي الله عنه ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا أي
إقرار أهل بلد على بلده هو بالمن عليهم في العقار أما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد
بأن يدفع إليهم مجانا وينعم به عليهم وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المن عليهم في
المنقول بطريق التبعية بالعقار وذلك في قوله بعد هذا وإن من عليهم بالرقاب والأراضي
يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل قال لأنه لم يرد به أي بالمن الشرع
فيه أي في المنقول المجرد وفي العقار خلاف الشافعي فإنه لا يجوز المن فيه قال لأن في المن إبطال
حق الغانمين عنده لأن حقهم قد ثبت وتأكد بالإحراز فقد صار محرزا بفتح البلد وإجراء أحكام الإسلام
فيها وليس للإمام ذلك أو ملكهم يعني عندي فإن الملك قد ثبت لهم بنفس الإحراز فلا يجوز إبطال كل
واحد من الحق والملك من غير بدل يعادله فإن قيل الخراج يعادله أجاب بقوله والخراج غير معادل
لقلته فإن قيل فالحق أن الملك ثبت في رقابهم أيضا وجاز له أن لا يقسمها أجاب بقوله بخلاف الرقاب
يعني أن حقهم لم يتعلق بها لأن للإمام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل فكذا له أن يبطله بالخلف وهو الجزية
وهذا لأنها خلقت في الأصل أحرارا والملك ثبت بعارض فالإمام إذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل فإذا
جعلهم أحرارا فقد بقي حكم الأصل فكان جائزا والحجة عليه ما رويناه يعني من فعل عمر رضي الله عنه وقوله
ولأن فيه نظرا يعني أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في إقرار أهلها عليها لأنه لو قسمها بينهم اشتغلوا
بالمزارعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكر عليهم العدو ولأنهم لا يهتدون لذلك العمل أيضا فإذا تركها
في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالأكرة أي المزارعين العملة للمسلمين العارفة بوجوه المزارعة
والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزا وقوله
والخراج فإن قيل جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره الخراج وإن قل حالا لكونه
بعض ما يمكن أن يخرج في سنة فقد جل مالا لدوامه بوجوبه كل سنة وقوله وإن من عليهم ظاهر
وقوله لم يخرج عن حد الكراهة معناه ما قال الإمام الرباني فإن يكره من عليهم برقابهم وأراضيهم
وشجر النساء والذرية وسائر الأموال جائز ولكن يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال ولا
بقاء لهم بدون ما يمكن به تزجية العمر إلا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأراضي قال وهو في
الأسارى بالخيار الإمام فيما حصل تحت يده من الأسارى مخير بين الأمور الثلاثة إن شاء قتلهم لأنه صلى الله
عليه وسلم قد قتل عقبة بن معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصلا في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد
عليهم فإن أسلموا أسقط عنهم القتل لأنه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فإذا زال الكفر سقط القتل وإن
شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام فإن أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق
لأن الرق جزاء الكفر الأصلي على ما عرف بخلاف ما إذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق
أيضا لأنه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والأخذ وإن شاء تركهم
أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا من فعل عمر رضي الله عنه فإن قيل فاقتلوا المشركين ينافي تركهم فلهم ولا يجوز
أجيب بأن ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه وقوله
إلا مشركي العرب استثناء من قوله وإن شاء تركهم أحرارا ولقائل أن يقول هذه الأدلة تدل على خلاف
المدعى لأن المدعى هو أن يكون الإمام مخيرا بين الأمور الثلاثة والأدلة تدل على كل واحد منها
لأنه قال لأن فيهم فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ثم قال لأن فيه دفع شرهم مع وفور
المنفعة لأهل الإسلام وهو كالأول وأقوى ثم استدل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بينا وهو إنما يصح على تقدير

ان يكون ما فعله واجبا والامر للتخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور
واجب والامام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظاهر وقوله ولا يفادي
بالاسارى المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادي بالاسارى
اي لا يعطي الكفار ويوخذ منهم اسارى المسلمين او المال عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد
يفادي بهم اسارى المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن ابي
حنيفة ذلك ما ذكره ان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله وله انه فيه
تقوية وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز ان يريد هذا ان يريد دفع الضرر العام يتحمل الضرر الخاص
كما مر في صورة الترس عند التترس بالمسلمين واما المفاداة باخذ المال منهم في اطلاق اسراهم فلا يجوز
في المشهور من مذهب اصحابنا لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفرة وعودهم حربا علينا وفي السير الكبير
انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وسيجي جوابه وقوله ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن
عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي فانه يقول من رسول الله صلى
الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة الجمحي ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض
كسائر الاموال المتقومة وما رواه من المن على ابي عزة فهو منسوخ بما تلونا وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد
واما فداء وكذلك قصة اسارى بدر لان سورة براءة اخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل
حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد اجمعوا
على انه مخصوص خص منه الذمي والمستامن فجاز ان يخص الاسير قياسا عليهما او بحديث ابي عزة او غيرها
فالجواب ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستامن
لعدم استحقاق رقبته وحديث ابي عزة متقدم على الاية وغيرها غير موجود او غير معلوم فلا يصح التخصيص
بشيء من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والمائة بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه ظاهر
قال ولا تقسم غنيمة في دار الحرب لا يجوز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف جاز والتاخير
الى الخروج الى دار الاسلام احب الي وقال الشافعي رضي الله عنه لا باس بذلك والاصل ان الملك لا
يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرها
في الكفاية اي كفاية المنتهي منها ان الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا لحاجة الغزاة او باع احد الغزاة
فانه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو اتلف احدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات احدهم لا
يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في الغنيمة وقوله له ان سبب
الملك ظاهر وقوله والثاني ان اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام منعدم لقدرتهم اي لقدرة الكفرة
على الاستنقاذ ووجوده اي وجود الاستنقاذ ظاهر لكون المسلمين في ديارهم وقوله ثم قيل موضع الخلاف
اي ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت
القسمة في نصيبه من الاكل والوطي وسائر الانتفاع او لا فعنده يثبت بدونه اي بدون الملك معناه
ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة بعد القسمة
الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا لا يثبت بمرتبة فذلك على ان الملك لم يكن ثابتا
وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول
عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول
وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهد اجازه بالاتفاق وقوله قيل

الكراهة

الكراهة اي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع
شركة المدد فتقل رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وقد
اشير الى ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام وفيه نظر
لان هذا يشير الى قول محمد على خلاف قول ابي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في
ظاهر الرواية عن اصحابنا وفي غيرها مرارا وان الافضلية منقولة عن ابي يوسف كما ذكرناه وايضا قوله
على رضي الله عنه وابي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة
هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والحاصل عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب فقال
بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام المرتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة
وعلى هذا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة انما يتمشى على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل
البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد عن سلب الجواز بالاتفاق واما عند الشافعي
فتجوز مطلقا واما عندنا فتجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك ولا يتقاعد عن ايراث
الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يسقط بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة
كما في سؤر الحمار قال والردء والقاتل في العسكر سواء الردء وهو العون والمقاتل وهو المباشر
في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة
عند الشافعي رضي الله عنه على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا في الاستواء في السبب وقوله واذا
لحقهم المدد ظاهر وقوله بناء على ما مهدناه من الاصل يريد ما مر ان سبب الملك عنده هو الاخذ والملك
يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوهم
في تاكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة القتال وانما ينقطع المشاركة بالاحراز وبقسمة الامام في دار الحرب
او بيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة
بالاتفاق يعني ليس لهم السهم الكامل والرضخ ولذا ذكر في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب
العدو الا ان يقاتلوا فلهم السهم وقال الشافعي رضي الله عنه يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة
لمن شهد الوقعة موقوف على عمر رضي الله عنه ومثله ليس بحجة عندنا لانه لا يرى تقليد الصحابي اونا ويلزم ان
يشهدها على قصد القتال الا ترى ان الكفار يشهدون ولا نصيب لهم شيء وان لم يكن للامام حمولة يحمل الغنائم
ما تحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار قسمها بين الغانمين قسمة ايداع وكلامه واضح وقوله لانه ابتداء اجارة اي
من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستانفة في حالة البقاء فانه عبر عن الاجارة بالابتداء كما في مسئلة السفينة فان من استاجر
سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليه اجارة اخرى باجر المثل بعد مضي المدة لذلك وقوله وصار كما اذا
نفقت دابته يعني في كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله يخير مورد وانه السير الكبير ظاهر ويكون الاجر من الغنائم
ثم يبدأ به قبل الخمس لان في هذا الاستيجار منفعة للغانمين وهو كالاستيجار لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب الحمولة
لا يمنع صحة الاستيجار لان شركة الملك هي التي تمنع صحة الاستيجار لا شركة الحق كما في بيت المال وقوله ولا يجوز بيع
الغنائم قبل القسمة واضح مما تقدم وقوله ولا ملك قبل الاحراز فيه نظر لانه مناقض لقوله فيما تقدم اذ كل منهما
يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها هاهنا اعتمادا على ذكره هناك او لان ذلك
لعارض الحاجة والاعتبار للامور الاصلية وقوله وقد بيناه اي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب وقوله
ولا باس بان يعلف العسكر اي يعطوا دوابهم في دار الحرب وقوله لم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره وقد شرطها
يعني محمد في رواية السير الصغير ولم يشترطها في اخرى في رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكر في الكتاب

قول ابي حنيفة

وهو واضح وقوله وعلفت ظهرهم اي دوابهم ولفظ الظهر مستعار لها والمبرء الطعام ويعتبر حقيقتها اي الحاجة
في السلاح وقوله والدابة مثل السلاح يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا احتاج الى الركوب اما
اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب قيل وليس بصحيح لان القدوري
ذكر في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب بالطيب ثم الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام
كان استعمالها حاجة في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن الماكول كالزيت لانه لما كان ماكولا
كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع به بل يرد الى الغنيمة وقوله ويوقحوا به الدابة
التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المصنف بالراء في الترقيح وهو الاصلاح قال
هكذا قرانا على المشايخ قال صاحب المغرب وهو غلط لان الاول ههنا اوجه اذ ليس كل هذا التعليل
لكان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطا وقوله ثنا وتلك الى اخره انما احتاج المصنف
الى هذا الثنا ولا لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله
وقد بعثنا ه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره وقوله ولا يجوز ان يبيعوا بالذهب
والفضة ولا يتمولوه اي يبيعونه بالعروض وقوله على ما قدمنا ه يعني انه لا ملك قبل الاحراز وكلامه
واضح وقوله يباح له الانتفاع في الصغير يعني في بعض السلاح وفضل الثياب والدواب قال ومن اسلم
منهم انما احتاج المصنف الى قوله مشيرا ه في دار الحرب ليتبع الاحراز به عن مسلم من دخل دارنا بامان فاسلم
فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده وامواله كلها فيء لعدم ما يثبت الكفار بعد بيع الحرب
او ارادها وتصيروا الدار دار الاسلام وقوله لان الاسلام ينافي ابتدا الاسترقاق لانه يتبع جزاء الاستنكاف
عن عبادة ربه عز وجل فانه لما استنكف عن عبودية ربه عز وجل جازاه الله تعالى بان صيره عبد عبيده
ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك
عن الاسترقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله واولاده الصغار وكل مال هو منصوب
بالعطف على معمول احرز وقوله في يده صحيحة احتراز عن يد الغاصب في قوله مر مما احترازا عن يد الحربي وقوله وقيل
هذا اي كون عقاره فيئا قول ابي حنيفة ولابي يوسف الاخر قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط الجامع الصغير فما
كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه فيء في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن في العقار
ان اجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مما لعل لما في الكتاب باعتبار قول محمد الا ان كان
عنه ايضا روايتان فعندهما ان الحطا ذلك وقوله عندهما اي عند ابي حنيفة ولابي يوسف لان اليد على البقاع
انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وقيل لظهور
يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد تثبت زوجته فيئا لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام لان المسلم
انكاحه وتبقى كتابية ولم تصر مسلمة تبعا لزوجها اذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها في خلافا للشافعي رضي
الله عنه في الحمل هو قوله انه اي الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل ولنا انه جزؤها وقد
صارت فيئا بجميع اجزائها الا ترى انه لا يجوز ان يستثني الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر اجزائها فثبت ان الحمل
لا يصير حرا عند اعتاق الام مستثنيا عنها فكذلك في الاسترقاق ولا يصير الجنين مستثنيا بعد ما ثبت الرق في الام
وقوله والمسلم محل للتملك جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل للتملك تبعا لغيره
كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام ابيه وقوله بخلاف المنفصل
جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله واولاده الكبار فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على
مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار واهل الدار فيء ومن لم يقاتل فليس بفيء لانهم اتباع وقوله
وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست محترمة فلم تثبت عليه يد نائبة صار قائما مقام

غيره فالمغنم بعينه يوصف الاصل لا يوصف بنفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان
الواجب ان يكون يد كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد
المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقي
يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال في الاصل على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما تثبت
التبعية ان لو ثبتت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما او حكما مع الاحتراز ولانه بدون الاحتراز يعارضها
جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك وقوله وما كان غصبا في يد مسلم اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع
في بعضها وقع هكذا او ما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يكون فيئا
قال رضي الله عنه لذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف
مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير لهما ان المال تابع للنفس
لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابي حنيفة انه اي المال الذي
عصمة المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما
اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع
وكل ما هو مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة باسلامه وتقريره لا نسلم
انها صارت معصومة باسلامه الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار
الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض كالحربي ونبين لذلك اجاب بقوله الا انها محرم
التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق
محرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به واباحة التعرض انما هي بعارض شر وقد اندفع
بالاسلام فعادت الى اصلها لا باعتبار انها معصومة بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا
للتملك وكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المال لو كان في يده حقيقة وحكما احترز مع الاحتراز ولهذا
ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيه فكانه ليس في يد احد
وكان فيئا وقوله واذا خرج المسلمون ظاهر وقوله معناه اذا لم تنم يعني القسمة وقوله اعتبارا بالمتلصص
فانه اذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذ واشيئا فهو لهم ولا يخمس لانه
ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو الماخوذ قهرا باذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله وبعد
القسمة تصدقوا به اي اذا جاءوا بما فضل من طعام او علف اخذوا من القسمة بعد قسمة الامام الغنيمة
في دار الاسلام تصدقوا به وقيل لرجل محوج اي محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين
يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه اي اخذ الغنيمة حكم الاصل ايا ما ذكرنا من صيرورة الغنيمة على تاويل ما يقوم او
في تاويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان بمعنى ما يفعله وهو غير جائز له التناول منه
فكذا لا يجوز له التناول لم ترتفع فمنه لان الغنيمة تقوم مقام الاصل

فصل

في كيفية القسمة
لما بين احكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين
ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي اخرجه استثناء للاحراز
لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فلان الله
تعالى قال واعلموا انما غنمتم من شيء اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال تعالى فان لله خمسه
وكان بيانا ان ما وراء الاربعة الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة فلان النبي
صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع لتعينهم اهلا لها في الاستحقاق
ثم كيفية القسمة ان يعطى الفارس سهمين والراجل سهما عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا وهو قول الشافعي

رضي الله عنه للفارس ثلاثة اسهم وروايته في ذلك ما ذكر في الكتاب والعراب بالفتح الاجياد الكرام
والكر الجلد والفر بمعنى الفرار والفر اذا كان لا حاجة ان تكون الكر والفر كان من الجهاد والفرار في موضعه
محمود لبلاء تركه لمعنى المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ولابي حنيفة رضي الله عنه
ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو ظاهر ولكن طريقه اشد الا لمعارضة لقواعد الاصول فان الاصل في
الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعدهما لا الى ... قيل وهو قال ... ومن فعلا
يترجح الى قوله والمسلك المعهود في مثله ان يتدارك بقوله وبقول فعله لا يعارض قوله لكن القول اقوى
بالاتفاق وقوله واذا تعارضت روايتاه ترجح روايته عنه اي سلمت من المعارضة فنعمل بها يعني رواية
ابن عباس في قوله فيكون ... الرجل الا ... محمود بل الفرار ... اذا ثقل الاجل
الكر فيكونان من جنس واحد ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قد يزيد الفارس على
فارس اخر والراجل على راجل اخر في القتال والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها تظهر عند المسابقة
وكل منهم مشغول بوجهه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر ادير الحكم عليه وللفارس نفسه والفرس وللراجل
سبب واحد وهو نفسه فكان استحقاق الفارس على ضعفه وقوله ولا يسهم الا لفرس واحد واضح وحاصل
الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس
بقوله ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة ولا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب
مفضيا الى زيادة العناء بالقتال عليهما منهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وقوله وما رواه محمول
على التنفيل الى اخره استظهار في تقوية الدليل لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب
عنه ادنا ونلزم والبراذين والعتاق سواء البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرام
اعتاق الطير والخيل الكرام ... والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه
عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى بذكر التسوية بين
البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم شاذا او مجتنبا ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله ... عطفا بفتح العين وكسرها بمعنى الفتح
... ومعنى الكبير الجانب قال ومن دخل دار الحرب فارسا هذا بيان وقت اعتبار كون الشخص
بحكم ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا وقوله وهكذا الى قول الشافعي رضي الله عنه
روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الفصل الثاني يعني اذا دخل دار الحرب راجلا ثم
اشترى فرسا وقاتل فارسا في ظاهر الرواية انه لا يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا في وقت
القائم مقام ذلك حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب ... الدرب لو اسع على السكة ... مدخل من
مداخل الروم ... بها لكن المراد بالدرب ههنا البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار
الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت في دار الحرب ولو جاوز ودخل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار الاسلام
وعنده حال انقضاء الحرب اي تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر مجرد شهود الوقعة ... ليله
تدل على ذلك وكان المصنف اشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى
لان قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله والمجاوزة
وسيلة ... والمذهب وقوله كالخروج من البيت يعني للقتال وسيلة الى السبب ولا يعتبر به في اعتبار حال القتال
من كونه فارسا او راجلا فلذلك لا يعتبر في هذه الوسيلة وقوله وتعليق الاحكام جواب عما تمسك به في تعليله لان
الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كما تعطى الرضخ للصبي
اذا قاتل وكذلك المراة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الاحكام ولنا ان ... لكن

تجب بحكم يتعلق بكونه راجلا او فارسا حاله هي اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب ولنا
ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يقع به العدو خوفا ومجاوزة الدرب فارسا تحصل الخوف
الخوف فكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسا فمعتبر حكمه بتغير احواله بعد ذلك لان تلك الحالة دوام القتال
ولا معتبر بها لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له ان ينزل
في بعض القتال خصوصا في المضيق او الحصن او في البحر وقوله ولان الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما ذكر
... وتوهم عجزه يعني يحتمل ان يعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع
فيمنع في الحال لوجود التوهم وقوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال اعترض عليه بانها لو كانت عاجزة
عنها لما صح امانها لانه انما يصح ممن يخاف منه القتال لقدرته على القتال واجيب بان الامان صحته لا يتوقف
على القدرة بل يثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها
واما السهم فانه لا يثبت الا بالجهاد ولا يبلغ بسهمهم سهم المجاهدين والاول ليس من عمله الدلالة والثاني عمل الجهاد
وكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ قال واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم ما مر كان
احكام اربعة الاخماس واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى
فيهم اي في الاصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام ان ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون
عليهم ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون في ابناء السبيل وسبب الاستحقاق
في هذه الاوصاف الثلاثة الاحتياج غير ان سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل انهم مصارف
لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي
رضي الله عنه لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني
المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل ولذوي القربى من غير فصل بين الغني والفقير فيشتركان ولنا
ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم ينكر عليهم احد فكان اجماعا
وقوله وبقول النبي صلى الله عليه وسلم دليل على انه لم يصرف الى اغنيائهم لانه قال يا بني هاشم ان الله كره لكم
غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق المعوض وهم الفقراء يعني ان المعوض
وهو الزكوة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب ان يكون عوض الزكوة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض
انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا له لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا
صحيحا او لا فان كان الاول وجب ان يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلاثة اسهم وهو مخالف لحكم الحديث
الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب بان هذا الحديث دال لنا لتدلينا اثبات العوض
في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس
على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض عمن فات عليه المعوض فعملنا
به كما يترك الخصم على تكرار الصلوة على الجنازة بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة سبعين صلوة
ونحن لا نقول بالصلوة على الشهيد ولكن يترك الحديث ولا لنا ان فاحتج بهما الاخر وان اشتبه لاخرى فان قيل
لو كان ما ذكرتم صحيحا بجميع متونها لما اعطاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ثبت انه عليه السلام اعطى بني هاشم
وبني عبد المطلب اجاب بقوله والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه الصلوة والسلام علل
فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وقصته ما روي عن جبير بن مطعم انه لما
كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل و
بني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم
لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه

الصلاة والسلام انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه
والاشارة الى نصرتهم واذا كان كذلك دل ذلك على ان المراد بالنص اعني قوله ولذي القربى قرب النصرة لا قرب
القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله لا نفترق في جاهلية ولا اسلام
ولحق التصرف للنساء والذراري واذا ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت
النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته **قال** فاما ذكر الله تعالى في الخمس لما فرغ من بيان
وجه سقوط سهم ذوي القربى شرع في بيان وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة في النص فاما ما ذكر الله تعالى في الخمس
يعني قوله تعالى فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط
الصفي بالاجماع لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته لان الحكم متى ترتب على المشتق يكون المشتق منه علة
ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه عليه الصلاة والسلام مثل درع او سيف او جارية اصطفى
ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر وقال الشافعي رضي الله عنه يصرف سهم الرسول صلى الله
عليه وسلم الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه انه كان يستحقه برسالته وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن
النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه للنصرة لا للقرابة قوله وسهم ذوي
القربى وقع تكرارا محضا وتعليلا لانا نقول ما ذكره اولا كان في تحرير الاستدلال على نفيه على انه سهم
وهذا الكلام لصاحب القدوري قال اي القدوري وبعده اي بعد زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر قال
المصنف وهذا اي استحقاقهم بالفقر قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع
يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة ولا يظن بهم انه خفي عليهم النص
او منعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دليلا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ودفع الشافعي رضي الله عنهم
الاجماع وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي رضي الله عنهم قال كان راي علي في الخمس راي اهل بيته ولكن كره ان يخالف
ابا بكر وعمر رضي الله عنهما والاجماع بدون اهل البيت لا ينعقد ولانه لا يحل للمجتهد ان يترك المجتهد راي نفسه
براي مجتهد اخر احتشاما له فان ثبت ما روي دل انه لم ير المخالفة لانه راى الحجة معهما خالفهما في كثير
من المسائل حين ظهر له الدليل عنده وقوله ولان فيه اي في سهم ذوي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي الذي
يصرف اليه الخمس لو لم يكن فقيرا لا يصرف اليه فيعود النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق فالولا بانه عوض عما
فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوو القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة لانه ما يعطى عمله وقد
مر في الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى الشافعي رضي الله عنه فليس بذلك لان كون المصرف فقيرا في حيز
النزاع عنده فانه يستوي بين الغني والفقير وجه الاول يعني قول الكرخي وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله
عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما تقدم اما
فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة كما تقدم في اول البحث وذكر هذا الزيادة للايضاح وانما قال
قيل وهو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كانوا
زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وهو مختار القدوري كما اشار اليه قوله وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه
وسلم بالنصرة وقوله واذا دخل الواحد والاثنان ظاهر وقوله والمشهور انه خمس ظاهر ووجه الرواية
الاخرى ان العدو والتبعية انما يدخلون لاكتساب المال لا اعزازا للدين فصار كالتاجر يقدر على القهر والقلبة
ثلاث قلت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء مطلق يوجب الخمس وجد الاذن او لم يوجد اجيب بان الغنيمة
اسم لما هو المأخوذ قهرا او غلبة وما اخذ اللص بالسرقة وما اخذ الواحد او الاثنان خلسة فلا يدخل تحت
الغنيمة وقوله وان دخل جماعة لها منعة المنعة الشوكة نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن شجاع كان ابو حنيفة رضي الله عنه

يقول اذا دخل الرجل وحده تغنم ولا عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا عمر فيما اخذ حتى يصير والسعم ماذا
يخمسوا ذلك فيهم سريته وقوله اذ لو خذلهم اي ترك عونهم كان وهن المسلمين في ضعفهم **فصل**
في التنفيل التنفيل نوع من التصرف في الغنائم فيفصل عما قبله بفصل يقال نفل الامام الغازي اي اعطاه
زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله كذا قوله لا باس بان ينفل الامام بذلك على اي قول من قال كلمة لا باس يستعمل
فيما يكون تركه اولى ليس يجري على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه
بقوله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب فما الصارف عنه الى الاستحباب
فالجواب انه تعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب وقوله من قتل قتيلا فله سلبه النبي يأثم فانه
الله وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب وقد يكون بغير غيره الذهب والفضة لان النبي صلى الله
عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه
ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لما ذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما اصبتم فهو لكم
نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض
بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تعالى
في الغنيمة وابطال الحق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله لانه حق لبعض بين في الخمس فيه نظر فانه ان لم يكن
فيه ابطال الحق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز واجيب بان يجوز باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف
الثلاثة فلم يكن فيه ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا يستحقون لكن ينبغي ان
يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله وفيه
الشافعي رضي الله عنه ظاهر وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع اذا قال بالمدينة في سحنون ولم ينقل عنه ذلك
الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض كما قال ذلك يوم بدر فقد قال من احتاج بينة فهو له ثم كان ذلك منه على
وجه التنفيل وكذلك في السلب فيحمل على الثاني يعني على التنفيل لما روينا من حديث حبيب بن مسلمة دفعا للتعارض
وزيادة لعله جواب عن قوله لان القاتل مستلا الكرضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه ينفرد اعتبارا
حقد اما الزيادة او من قوله لان الكل والعرض جنس واحد في فصل قسمة الغنيمة وقوله لما عرف قبل اشارة الى
ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز
بدار الاسلام لم يثبت الناقلة ولا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله لان التنفيل يثبت
به الملك عنده ودليله ان المدد لا يشاركونه فيها كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وهو ليس يمنوع عليه لان
من اصحابنا من يقول قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكانه لم يعتد بذلك
الاختلاف لعدم شهرته وقوله ووجوب الضمان متفرع على الابتداء وقوله تتفرع على هذا الاختلاف جنس
بعض النسخ وقد يقال بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك اي ثبت الملك ووجوب الضمان للمتلف على من اتلف
من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى وانما ذكر دفعا لتوهم رد على قول ابي حنيفة وابي يوسف وبيان ذلك
محمد ذكر في الزيادات انه لو تلف سلبه قبل قسمة الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد القضاء به عليهما
لا ان القضاء دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطء على مذهبهما ايضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه ايضا على الاختلاف
عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن **باب استيلاء الكفار** لما فرغ
من بيان استيلائنا على الكفار عقبه بذكر عكسه لاشتماله على احكام مختلفة فكان جعلها بتبويب باب له واضح وذكر
استيلاء الكفار بعضهم على بعض لتحقق ان يتوقع بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي
الرجال المنسوب الى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله لنا ما نحل بيرد لنا ايها اخذ
الترك من اهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك كسائر املاكهم وقوله لان الاستيلاء محظورا ابتداء في دار الاسلام

اي في دار الحرب بعد الاحراز وقوله على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور لو توجه لا ينتهض سببا للملك كما في البيع
الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة والدم فانه لا يوجب
الملك بالاتفاق ولنا ان الاستيلا ورد على مال مباح وورود الاستيلا على مال مباح ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف
كالاستيلا على اموالهم وقوله وهذا اشارة الى ان الاستيلا ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة في المال الحل من ثبت له
من الشرع والحكم وانما ثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا
يقتضي ان لا يكون مالا معصوما لتحصيل انما ثبت العصمة لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاحراز
عاد مباحا كما كان يعني ان الاستيلا لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه ابدا لان الاستيلا عبارة عن الاقتدار على المحل
حالا ومالا والكفار ما داموا في دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون عليه مالا بالاحراز لانهم
ما داموا في دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصر محتمل وقوله والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم
ان الاستيلا محظور وتقريره سلمنا انه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا
لكرامة تفوق الملك كما في الصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الاخرة فلان
تصلح سببا للملك في الدنيا اولى وقوله فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلا على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد
للمالك القديم من الغانمين الذين وقع في قسمهم او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضى الغانمين اجيب بان
بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لانه ابدا على قيام الملك للمالك القديم الا ترى ان للواهب الرجوع في الهبة
ولا عادة الى قديم ملكه بدون رضى الموهوب له مع زوال الملك الواهب في الحال وكذا الشفيع ياخذ الدار من المشتري
بحق الشفعة بدون رضى المشتري مع ثبوت الملك له وقوله فان ظهر عليها المسلمون واضح وقوله لانه ثبت له ملك
خاص فلا يزال الا بالقيمة فيقال بكسر بان الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما نحن فيه لاحد الغزاة
بالقسمة لان هذا الحق انما يثبت له بالذات ما انقطع من حق غيره في ايدي الغانمين واجيب بان الملك ههنا ايضا ثبت بالعوض
معنى فان المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حق في القيمة وقوله ولو كان
مغنوما يعني لو كان ما اخذ الكفار من المسلمين مغنوما اي ماخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة
والحنطة والشعير ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا
لا ياخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان مشتري بمثله قدرا ووصفا يعني اذا كان ما اخذ الكفار
من المسلمين مثليا فاشتراه منهم مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه لانه غير مفيد وانما
قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما اشتراه المسلم باقل قدرا او بجنس اخر او بعيبه ولكنه اردى منه وصفا فان له
ان ياخذ بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما يفدي ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لانه يشتريه
ابتداء قال فان اسروا عبدا اذا اسر الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام
ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا اي المشتري
يتضرر بالاخذ مجانا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش حاصلا في ملكه ولو ثبت للاعادة الى قديم
الملك حتى يكون المولى احق به كالرهن ومع هذا لو اخذه فانما ياخذه بمثله لان الارش في دار ام او دار ثانية وهو لا يسد
وقوله لان الملك فيه صحيح احتراز عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف تصير مضمونة فلا شيء من الثمن لا لارش
لا شيء بمقابلته من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول ومقصود الاترى انه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم نقد صحيحا
فانه يحط من الثمن بما عن العيب ولا انها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت واجاب بعضهم بانه انما يحط في المرابحة
لشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين بالثمن ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الاخر مرابحة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة
في باب المرابحة تحرزا عن شبهة الجناية وكذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها
شيء من الثمن فيها حتى لو استهلك المشتري شيئا من البناء يسقط حصته من الثمن لان المشتري في البناء وجبت الشفعة فيه تبرا له

المشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن في المشتري شراء فاسدا كما في الغصب
فان من غصب جارية فذهبت احدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شرا التاجر ههنا ايضا بمنزلة شرا المشتري
شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث
وجوب الرد اولى للشفيع من حيث وجوب عرض للبائع الدار على الجار وان لم البيع ان رغب عنه الجار واذا
لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها نصا ولكن الفساد في الفعل ولانه للشفيع الحاق من التاجر فانه لا
يجب عليه العرض على المالك فلا في مسئلة الشفعة ايضا اذا كان هلاك بعض المشتري بافة سماوية لا
يقابل الاوصاف شيء من الثمن لم يكن محالفة لمسئلة التاجر اجيب بان محالفة فيتصور انهدام الدار اذا
فقئت عين الجارية لا يكون محط شيء من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته
من الثمن وقوله وان اسروا عبدا صورته ظاهرة واعترض على قوله للمشتري الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن بانا
لو اثبتنا حق الاخذ للذي اشتراه منا لعدوا ولا تصور المالك الا تجديد ياخذه بالثمنين واجيب بان ذلك فانه
حق من اشتراه من العدو اولا اولى لان حقه يعود اليه الا ان لو يعدها بلا عوض بقابلها والمالك القديم انما اخذ
ذلك بعوض يقابله وهو الثمن وكان ما قلناه اولى وقوله ولذا من سواه اي من سوا الحرم وقوله بخلاف
رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم وقوله ولا جنايته من ولا من مدبرينا وامهات اولادنا
ومكاتبينا واحرارنا فلا نملكهم الكفار وان استولوا عليهم فاذا لم نملكهم الغزاة ايضا حتى لو كان اخذهم اهل الحرب
من دار الاسلام ثم ظهر عليهم منهم المالكهم قبل القسمة وبعدها بغير شيء قال واذا ابق العبد المسلم
فدخل اليهم اذا ابق عبد لمسلم فالوا قيد بمسلم اتفاقا لان عبد الذمي كذلك فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك وهو ظاهر وقوله لانه سقط اعتباره اي
اعتبار يد العبد لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه لانه حين دخل
دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف
شاء ولم يبق ذلك لا محالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع الملك لانه لا يملك بدون الاحراز
فان قيل لا نسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفار قد خلفت يد المولى لان دار الكفر في ايديهم
اجيب بان يد الدار من حيث لا يكون في يد احد وعند ذلك نظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية
ويد العبد يد حقيقية ولا تندفع يد الدار الا باشارة الاسلام وجه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد محل
النزاع والجواب ان اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وحين دخول العبد في دار الحرب
يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفار عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك اجيب بمنع الملازمة
لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال الملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز
ان توجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشتري قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله بخلاف
المتردد يعني في دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده ولهذا لو
وهبه لابنه الصغير كان قابضا له فثبت اليد حكما مع ثبوت اليد له فان استولى عليه المشركون ملكوه واذا
لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه ياخذ المالك القديم بغير شيء اذا كان موهوبا ظاهرا لانه اخذه
بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشتري فلان المشتري قد امتلكه بغير امره فكان متبرعا حتى لو امره
بذلك رجع على المشتري بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة واما اذا كان بعدها فيؤدي
عوضه من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله ان يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر
اجتماعهم فيعوض من بيت المال لانه نعد من نوائب المسلمين وما لبيت المال معد لذلك وقوله وليس له اي للغازي
اي للتاجر جعل الابق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه والجعل انما يجب اذا كان الاخذ على قصد الرد الى

ما ملكه وقوله وان ندّ اليهم بعير ظاهر وكذلك قوله فان ابق اليهم عبد وذهب معه بفرس ومتاع
واعترض بان على قول ابي حنيفة رضي الله عنه ينبغي ان ياخذ المالك المتاع ايضا بغير شي لانه لما ظهرت يد العبد
على نفسه ظهرت على المال ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكافر عليه
فلا يصير ملكا لهم واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه
فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال وقوله واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما
او ذميا او اسلم احد ممن كان بيعه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده فان قيل الذمي ملتزم احكام
الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذي اسلم والحربي ليس كذلك اجيب بان الامان يقتضي ابقاءهم في ملكه
لان فيه استيلاء الكافر على المسلم واعطاء الامان على ترك ذلك وكان بالامان ملتزما ترك اذية المسلمين فيلزمه وقوله
ظاهر وجه ابي حنيفة رضي الله عنه ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب بقيناه ان تخليص المسلم عن ذل الكافر
واجب على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن معصوم
ما دام في دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا ادخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب
عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ما له فاذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال العصمة وهو تباين الدارين مقام
علة الازالة وهي الاعتاق ولان الشرط قد يقام مقام العلة اذا لم يكن اضافة الحكم اليها كحفر البئر على قارعة الطريق
فان قيل اقامة الشرط هنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشيء مزيلا له وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم
واحرزوه بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك لهم وهاهنا جعلتموه مزيلا له وايضا نقض لقاعدة مطردة هي ان
البقاء اسهل من الابتداء فان هذا يقتضي ابتداء الملك دون بقائه فالجواب ان تباين الدارين مثبت للملك اذا لم يكن ثابتا والملك
فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فيجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر وعلى انا ما جعلناه مزيلا وانما
جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشيء الواحد مزيلا غير مزيل وهو الممنوع وبقاء الشيء اسهل من الابتداء اذا لم
يعتري البقاء ما يزيل سهولته وهاهنا بقاء المسلم في ذل الكافر صعب يزيل سهولته وقوله كما يقام مضي الحيض مقام
التفريق في قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء الحيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي اقيم مقام علة البينونة
وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضي عن مباشرة العلة فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب وقوله
واذا اسلم عبد لحربي ظاهر وقوله لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا اي جاءوا الى النبي صلى الله عليه وسلم لما
حاصر الطائف قال ايما عبد خرج فهو حر فخرج ستة اعبد او سبعة منها فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي
صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله وقوله ولانه احرز نفسه متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله او ثم بالحق متصل بقوله او ظهر على الدار
وتقيد بقوله مراغما وشابه الابتداء اذا اخرج طائعا لمولاه يباع فيه ويمنعه للحربي لانه لم يخرج على سبيل التغليب فصار كما لو
الحربي الذي دخل به مستامنا الى دارنا

باب المستأمن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستيمان لان طلب الامان
انما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استيمان المسلم تعظيما له وكلامه ظاهر وقوله والغدر حرام لقوله
قوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله بخلاف الاسير يعني ان الغدر ليس بحرام عليه فان الاسرا
اذا امكنوا من قتل قوم من اهل الحرب غيلة واخذ اموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا الى دار الاسلام وسعهم ذلك فكل
من اخذ شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض وان اطلقوهم طوعا لانهم ليسوا بمستامنين حتى يكون غادرا باخذ اموالهم
وقوله ملكه ملكا محظورا اي خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشتري ان يطاها لانه قائم مقام البائع ووطؤها للبائع
كان مكروها فكذا المشتري وقوله وهذا اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان مال اهل الحرب مباح
في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الامان ولا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على ما بينا يعني في اوائل باب
استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الى آخره واذا دخل المسلم دار الحرب بامان

فاذا انه حربي اي تابع بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقوله ولا ولاية
وقت الادانة اصلا اي لا على المسلم ولا على الحربي ولا وقت القضاء على المستامن وهو ظاهر واذا لم يقض على الحربي
لم يقض على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا حربيا
الحربي او مسلما فيهما لانه مال كافر احد منهما كان مباحا وقت الغصب في حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب ان كان
هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم وفي اخذ اموالهم
على هذا الوجه غدر وقوله على ما بينا يعني فيما تقدم ان اغتصب الكافر وتقدم ذكره في مسألة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء
ورد على مال مباح واما غصب المسلم فتقدم ذكره فيما اذا دخل واحد والاثنان مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فانهم
يملكونه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الى آخره وقوله ولو خرجا مسلمين ظاهر وقوله
غصب حربيا اي غصب شيئا من حربي وليس هذا مختصا في خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستامنا
فالحكم كذلك وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطا فكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ وذكر
الامام قاضيخان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة رضي الله عنه ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد لانه قتل
شخصا معصوما ليس من اهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولابي حنيفة رضي الله عنه ان تكثير سوادهم
من كل وجه وطلبهم كان يسقط العصمة فيكثر من كل وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله اما الكفارة فلاطلاق
الكتاب يعني قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض
الدخول بالامان لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام تقديرا حتى ان المستامن منهم لما كان على
قصد الرجوع كان كانه في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص الا انه سقط لما ذكر فكان
هو الاوضح وقوله لما بينا اشارة الى ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله ولابي حنيفة رضي الله عنه انه بالاسر صار تبعا لهم
يعني واهل الحرب اصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع وقوله ولهذا توضيح للتبعية وقوله فبطل به الاحراز اصلا
اي بطل بالاسر العصمة المتقومة بالكلية وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا بجامع تبعية اهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية
لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام

فصل

فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف احكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامر والجمع
الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من بلد والجلاب الاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم وقوله تقدم
تقدم الامام يقال تقدم اليه الامير بكذا او في كذا اذا امره وقوله وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة
يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل منه ذلك على حسب ما يراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر
هو الحول فاذا اقام بعده للتجارة في دارنا يصير ذميا قال الامام قاضيخان فان رجعت سنة بعد مضي المدة المقدرة
كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المقدرة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا ان يكون شرط عليه
انه اذا جاوز السنة ياخذ منه الخراج فحينئذ ياخذ منه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم
الامام صار ملتزما الجزية وقوله واذا وضع عليه الخراج فهو ذمي قال في النهاية وكذلك لو لزمه عشر في
قياس قول محمد بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس اذ كل
واحد منهما من احكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي ان يكون من اهل دارنا وقوله فيعتبر المدة من
وقت وجوبه اي وجوب الخراج وقوله في الكتاب اي في الجامع الصغير فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح من
محمد بشرط الوضع اي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج ارضه بما
يشير وهو الزراعة وتعطيلها عنها مع التمكن وقوله دلت المسألة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشرا ومن المشايخ من قال
يصير ذميا بنفس الشرا لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام

كذا ذكره قاضي خان وليس بصحيح لما اشار اليه المصنف من قوله لانه قد يشوبها للنجاة وقوله بخلاف علمه
عليه لان الوضع شرط احكامهم ولا ينفصل عنها اي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص
بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في الاتلاف خمرا وخنزيرا ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد
كونه ذميا لانه قبله وبموضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا ينفصل عن شرط الوضع وقوله واذا دخلت حربية
بامان لانها هي ولذلك عكسه ولذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان خلا ان قوله لان يد المودع كيده
منقوض بما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيئا
فلم تكن يد المودع كيد المودع واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا انعقد اعتصم وقت الايداع وفي صورة النقض
لم ينعقد لذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة **قال** وما اوجف المسلمون عليه بغير ايجاف الفرس او البعير
عدوا وجيفا واوجفه صاحبه ايجافا وقوله وما اوجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم والجلاء بالفتح والمد
الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم فخرجوا كلاهما
يتعدى ولا يتعدى وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضي اي هو مثل الاراضي التي اجلوا عنها اهلها
ومثل الجزية وقوله وقال الشافعي رضي الله عنه فيهما اي في الاراضي التي اجلوا عنها اهلها وفي الجزية وفي بعض
النسخ فيها اي في الاراضي الجزية والخراج وقوله ولانه اي ولان ما اوجف المسلمون عليه من المال وقوله من غير
قتال يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه اي الغنيمة مما ل المغنوم ملوك
تبين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس يعني وهو الرعب واستحق الغانمون الباقي بمعنى هو
مباشرة الغانمين القتال وفي هذا اي فيما اوجف المسلمون سبب واحد وهو ما ذكرناه يعني قوله انه ما اخذ
بقوة المسلمين ولا معنى لايجاب الخمس وقوله لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وقد صح ان لا
كافر حربية الى اخره وقوله واما الاولاد فظاهر وقوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا انما
قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا في ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله حربي
كافر وليسوا باتباع واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا
شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الامام الشافعي رضي الله عنه تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد
لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تستتبعه وكرامة
تستلزمها له اثر في استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به حصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جماد لا اثر لها
استحقاق الكرامة ومن اراق دما معصوما اذا كان خطأ فعليه الدية والكفارة وان كان عمدا فعليه القصاص كما لو
فعل ذلك في دار الاسلام وهذا اي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمد انما كان مبنيا على وجود
العاصم الذي هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه يأثم بقتل ينزجر عنه
نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال وهي ثابتة فيما نحن فيه اجماعا فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل
مسلما في اي موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل
وانما في المنع مما لا يجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة المقومة وصفا زائدا على العصمة التي هي المؤثمة
فتعلق بما يتعلق به الاصل وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فتجب الدية
والكفارة في قتل الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن
فتحرير رقبة مؤمنة وكان ابو حنيفة رضي الله عنه تاول هذه الاية بالذين اسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول
عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى قسم بين المؤمن الذي في دار الاسلام وبين المؤمن
الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين احدهما انه ذكر حرف الفا

فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كل الموجب ضرورة والثاني انه كل المذكور حيث لم يذكر غيره
وذلك يقتضي انتفاء غيره لان قصد الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يخرج عن ذلك الا
ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وقوله ولان العصمة المؤثمة
بالادمية دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ويشتمل على بيان ان العصمة المقومة ليست
بوصف كمال في العصمة المؤثمة فتكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء
التكاليف اي اثقالها ومن خلق لشيء يجب عليه القيام به فالادمي يجب عليه القيام باعباء التكاليف والقيام بها
بحرمة التعرض اليه انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالادمي يجب عليه ان يكون حرام التعرض
مطلقا الا ان الله تعالى اباح قتل الكافر لعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل
والاموال تابعة لها اي للادمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت
معصومة لتمكن الادمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للادمية اما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال
لان التقوم يؤذن بجبر الفائت لان المتقوم هو الشيء الذي يكون واجب الابقاء والدوام بالمثل او القيمة والجبر يليق
بالجبر للفائت في الاموال دون النفوس لانه انما يحصل بالمثل صورة ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس
وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الاصول وكانت النفوس تابعة للاموال في العصمة ومن هذا اعلم ان العصمة
المؤثمة اصل مستوعب في شيء والعصمة اصل مستعمل في شيء اخر وليس احدهما بكمال في الاخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة
في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة والعصمة المقومة في الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة
فلهذا تعرض لذكرها واذا كانت العصمة المقومة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا
لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لكنه في النفوس لانها تابعة لها لما انه اوجب
ابطالها واذا لم يكن منعة فلا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة
المقومة لا تجب الدية وهذا في غاية التحقيق خلا انه يوهم ان لا يملكوا اموالنا بالاحراز الى دارهم كما قال به
الامام الشافعي رضي الله عنه ودفعه بان يقال معنى قولنا ان الشرع اسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم واما اذا وقع
خروجهم الى دارنا واحرزوا اموالنا باليد الحافظة والنافلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك
لا محالة وقوله والمرتد والمستامن جواب عما يقال لانهما محرزان بدار الاسلام مرادا لقبيح ان يقتلا حتى تجب الدية
بقتلهما ولكن المستامن من اهل دارهم حكما لقصده الانتقال اليها هو واما المرتد فكذلك لانه يقصد هو بالتبدل
وقوله ومن قتل مسلما خطأ واعترض عليه قوله وهو للعامة او السلطان بان التردد في مثله ولانه القصاص
موجب مشروط كما في المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث واجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الكل
واحد بخلاف مسئلة المكاتب

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا
شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل منهما هو الارض النامية وقدمه
على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية والعشر بضم العين احد اجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة
الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج
رؤوسهم يعني الجزية والعرب ما كتيم والحجر بتحتين بمعنى الحجارة وهو في ابالي الى يوسف الصحيح موضع الحجر وبظهر
من ذلك انه يروى بسكون الجيم وقيل بالحاء المعجمة فقد حرف وبالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة نسب
اليها الابل المهرية يسمى ذلك المقام به فيكون بحيث تقدم بلا مرية والسكون وهذا الوطاء من بين والدهنا وعمان الخ
انتهاء اقصى الى مشارق الشام اي قراها والسواد اي اراضي سواد العراق اي قراها سمي بالسواد لخضرة اشجاره وزرعه
وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد من العلثة وهي منازل البادية الى عبادان وهي حصن صغير على شط
البحر طوله وقيل في موضع العلثة العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي

دخلها وكلامه واضح وقوله لما قدمناه من قبل في باب الغنائم وقوله والخراج اليق به يعني من حيث انه في معنى العقوبة وان فيه تغليظا في الوجوب وان لم يرد عو والكافر اليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في ارض مكة ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب كذا لا خراج على ارضهم وقوله وفي الجامع الصغير هذه الثانية وقوله فهي ارض خراج يعني سواء قسمت بين الغانمين او اقر اهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير هذه الثانية وقوله ومن احيى مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق محمول على التقييد وهو ما اذا كان المحيي مسلما وجب ان يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنع يقتضي ذلك وهو السقي بماء الخراج اذ الخراج يجب بحق المقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا اشار شمس الائمة وقوله والبصرة عندنا عشرية جواب اشكال يرد على قول ابي يوسف فيما ذكرنا ان الاحياء في حيز الارض الخراجية يجعل ان القياس ذلك لكن ترك باجماع الصحابة وقوله لان حيز الشيء يعطى له حكمه دليل لابي يوسف على مذهبه وقوله كفناء الدار يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذا ههنا يعطى هذه الارض المحياة حكم جوارها لاتصالها به ولا يظن في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار لان الاول لرواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ونهر جرجان سلك من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها **قال** والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه • اعلم ان الخراج على نوعين وظيفة وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض في كل حول فهو ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة قفيز هاشمي وهو الصاع من حنطة او شعير على ما قال الامام قاضي خان في فتاواه او مما يزرع فيها على ما ذكر في شروح الطحاوي ودرهم وقوله والكرم المتصل يعني اكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة لاحتياجها الى المزارعة والقاء البذر في كل عام والرطاب بينهما لانها تبقى اعواما ولا تدوم دوام الكرم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس والربع ونحو ذلك لانه ليس فيه توظيف عمر فيعتبر فيها الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف وقوله والبستان وهو كل ارض يحوطها حائط وقوله وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة اي استأصله حر شديد او برد شديد ونحو ذلك فلا خراج ايضا لانه فات النماء التقديري الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة سقط الزكاة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال ان الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج يعني ان النماء التقديري كان قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيهلك ما تعين الخراج فان قيل اذا استأجر ارضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يسقط الاجر فما الفرق بينها وبين الخراج اجيب بان الاجر يجب قبل هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا اصلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شيئا كان اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فيجب وان لم يخرج ثم قال مشايخنا ما ذكره في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخراج **قال** وان عطلها صاحبها فعليه الخراج اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والماء لانه متمكن من الزراعة وعطلها اما اذا عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء اجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها

وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر فهو ضرر ولكنه الحاق ضرر بواحد للعامة وقوله فان لم يعني المشايخ من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت الارض صالحة للزراعة الاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير وجب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يجترئ الظلمة على اخذ اموال الناس ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه لكونه واجبا اجيب بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شأنها ذلك انها قبل كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان وقوله ومن اسلم من اهل الخراج ظاهر وقوله ولم يزد على اختيار زرعها بقوله المشتري انه مكروه لان النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيئا من الات الزراعة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة لان الصغار ان كان قائما يكون في الوضع ابتداء واما بقاء فلا بخلاف خراج الرؤوس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام وقوله وجبا في محلين بسببين مختلفين يعني وبمصرفين مختلفين اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله والوصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره اما صلة من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان وقوله ولهذا ايضا فان الى المعنى ان العشر الارض وخراج الارض وقوله على هذا الخلاف الزكاة احدهما اي العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة عندنا وعند محمد ان عليه زكاة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي ووجههما يوهم اختلاف المحلين اذ محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية ولذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى ولا يجب بسبب مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما تبقى العشر والخراج اصلا او وظيفتين لا يتميزان عن الارض فلا تسقطان باسقاط المالك وهي اسرع ثبوتا من زكاة التجارة لكان وجوبها فيه فلهذا تبقى عشرية وخراجية كما كانت وقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله ولا تنافي بينهما فيجتمعان وان كان بسبب مال واحد والباقي ظاهر

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤوس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر شاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان ان القربة مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع جزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي اي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف يجوز اخذ البدل على تقريره اجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق وقوله وهي ضربان ظاهر وقوله بلاد واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وقوله ولان الموجب هو التراضي الى الموجب لتقريرنا وقع عليه الاتفاق وهو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد ان علموا وقوله فيضع على الغني الظاهر الغنى قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا لكنه

معهما فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة آلاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون درهما
ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط المعتمل
لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان موسرا في البدائع اي المعتمل
هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة
البلدان تختلف في المغني الاثري ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان ببغداد وبالبصرة لا يعد من المكثرين
وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام وقوله
عليه السلام من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة او عدله معافري اي وخذ مثل دينار بردا من هذا الجنس نسبة الى ثوب معافري منسوب
الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الزوايد الظهيرية معافري من همدان نسب الله هذا النوع من الثياب في قوله
وقيل الا بد ان الحق بالانعام محتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى
العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة
وتتداخل ولهذا لم تشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل وقوله فيهما في الخلاصة اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان
لان الخراج وجب عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن استيفاؤه استوفي كما في سائر الاعواض
وقد امكن لان الفرض انه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم وقوله ولابي حنيفة
رضي الله عنه ظاهر وقوله على ما بيناه اراد به ما ذكر قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل ان
يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر وفي العقوبة
عن معنى البدلية فيقتضي ذلك تواردا علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك ان كونها عقوبة لازم
من لوازم كونها بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبته لا محالة وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت
عقوبة على الاصرار على الكفر والبيت بعد موضع الشك من الثابتة والعبرة موضع البلاء من الصدر وقوله ولانها
وجبت بدلا عن القتل استيلاء من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله
حمله بعض المشايخ على المضي مجازا فان الامام فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت
سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانهما عند ذلك يجتمعان ولهذا اضرب من المجاز لان مجيء كل شيء
مجيء اوله وانما يكون مجيء الحول بمجيء الشهر يستلزم مضي الاخر لا محالة لا خذ لازم الملزوم وارادة اللازم مجاز
وقال بعضهم معناه دخول الحول لان الجزية تجب بأول الحول وانما يجب الحول تخفيفا وتاجيلا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله
لان القتل انما يستوفى لحراب في الحال لا لحراب ماض الى آخره ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو ان الزكاة
وجبت في آخر الحول لانها تجب في المال النامي والحول هو الممكن في الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة
على ما مر ولا يتحقق اعتبار الحول الا بعد مضيه فلا يتحقق شرط وجوب الاداء **فصل** لما فرغ من بيان ما يجب على
اهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة
ولا كنيسة ولا حصنا بكسر الحاء والمد على وزن فعال بمعنى رضاه اي نزع خصيتيه والاخصاء في معناه خطأ ذكر
في المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام اذا لم يحول لبته اهل
دار يعني كما ان الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به **قال** القتل
والامتناع عن النسل بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم ولا كنيسة الحرام انها فهو نفي
بمعنى النهي اي لا تحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال الكنيسة لليهود والنصارى لمتعبدهم وكذا البيعة كان مطلقا
في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى فوله والصومعة للتخلي فيها بمنزلة
البيعة اي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلوة اي الصلوة التي في

البيت

البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى وقوله والمروي عن صاحب المذهب اي عن ابي حنيفة رضي الله عنه والمراد
بالمروي يوما ذكره انفا بقوله وهذا في الامصار دون القرى وقوله في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض العرب
بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها وقوله ويؤخذ اهل الذمة بالتميز ظاهر وذكر رواية
الجامع الصغير تكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كانه قال وكيفية التمييز ما ذكر في الجامع الصغير الى
آخره والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله صيانة
لضعفة المسلمين اي الضعفة في الدين لا البدن اي يحاذر لانهم لما كانوا في اعين المسلمين الذين لم يتمكنوا
في دين الاسلام ادلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب ودنوهم فان
قيل لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا المجوس هجر بذلك اي بذلك ولم يكن تحت
بانهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك
ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة
وكان صحوا انفا انه صلى الله عليه وسلم ايتما ادعم فالحق معه وقوله فانه جناية في حق اهل الاسلام اي يلحق الخوف
باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة تمييزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنانير من الابريسم اهانة لاهل
الاسلام لان من اعز عدو قصد فقد اهان صديقه معنى وقوله اي لا تركبوا الا للضرورة يعني كالخروج الى الرساتيق
وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله بالصفة التي تقدمت يعني بصفة الاكف وقوله لانه ينقض ايمانه
يعني لو كان مسلما وسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله تعالى ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه وذمته وقوله وكذا
حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي اذا انتقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر عليه الدار الحرب فيكون
فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه لو اسر استثناء من قوله فهو بمنزلة
المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان اصر على ارتداده **فصل** وذكر نصارى بني
تغلب بما جرى لان لهم احكاما مخصوصة بهم تخالف احكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيما ذكر ابو يوسف
في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه يا امير المؤمنين
ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليكم العدو اشتدت المؤنة فان رايت ان تعطيهم
شيئا فافعل قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى
ان تسقط الجزية عن رؤوسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين شاة
سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا بلغت زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم
ولذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة واما
الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا تؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين وقوله
والمرأة من اهل وجوب مثله اي مثل ما وجب بالصلح وقوله الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها اي فيما اخذ منهم من الصدقة
شرائط الجزية من وصف الصغار لعدم القبول من يد الناس والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب بالصدر
وقوله ويوضع على مولى التغلبي الخراج لان الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي لا تؤخذ الجزية وخراج الارض
من القرشي ويؤخذ من معتقه ولذلك ههنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم يؤخذ من التغلبي قوله ولنا
ان هذا اي احد مضاعف الزكاة تخفيف يعني لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف
الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف ولهذا اي ولكون المولى لا يلحق بالاصل في التخفيف
توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وان كان الاسلام
اعلى اسباب التخفيف واولاهما فان قيل حرمة الصدقة ليست تغليظ بل هي تخفيف بالطهر من التدنيس
بالاثام وقد الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الى آخره وقوله

في حقه اي فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهو ان الحرمات تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان المعنى من اهلها اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا احلت له اذا كان عاملا وانما الغنا مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه ويجوز ان يقال حرمت الصدقة على بني هاشم تشريفا لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق مولاه به لا يزداد غنى لم يذكر الجواب كما استدل به زفر من الحديث وهو انه غير مجرى على عمومه فان مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع فوجب التاويل بانه محمول على التعاون والتناصر لانه من لواز مه فان الرجل اذا كان من القوم يتقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي القياس في الكل سوا وهو انه لا يلحق مولى القوم بهم الا ان ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع سال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحل له الصدقة فقال عليه الصلوة والسلام لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معناها وذلك في النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحاق مواليهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء **قوله** وما جباه الامام اي جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع وقوله وهما وكلا علمائهم اي القضاة وعمالهم والعلماء وعملة المسلمين والعملة جمع عامل وقوله ولا شيء له من العطا العطا ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتدا كان يعطي كل من كان له قدم في الاسلام كازواج النبي صلى الله عليه وسلم واولاد المهاجرين والانصار ولذلك لو مات في اخر السنة لا يورث العطا لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة في نصف السنة لانه لو مات في اخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد ادى عناه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون اقرب الى الوفا

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطاري لان الطاري انما هو بعد وجود الاصلي وكلامه واضح وقوله الا ان العرض على ما قالوا غير واجب ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روي عن عمر رضي الله عنه لان رجا العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراض شبهة وقوله وتاويل الاول يعني قوله ويعرض ثلاثة ايام انه يستمهل اي يطلب المهل فيمهل ثلاثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا باس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة هاهنا ثلاثة ايام من نصب الحكم بالراي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لانه ورد النص في خيار البيع بثلاثة ايام وذلك فيه لان التقدير بثلاثة ايام هناك كان للتامل والتقدير هاهنا ايضا للتامل وقوله ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال وليس مستامنا لانه لم يطلب الامان ولا ذميا لانه لا يقبل منه الجزية فكان حربيا وقوله لاطلاق الدلائل يعني **قوله تعالى** فاقتلوا المشركين وقوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها يعني بعد الاتيان بالشهادتين واما المرتدة فلا تقتل

فان قتلها احد لم يضمن شيئا حرة كانت او امة قال في النهاية كذا في المبسوط وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنسا كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة وكل ما هو جناية مغلظة يناط بها عقوبة مغلظة وردة المراة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان تشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات ما يندرئ بالشبهات بالراي ولنا انه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النسا ولان القتل جزاء الكفر والاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء وهي الاخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من الله اظهار عليه لان الناس مبتلون بحق فامن لجواز ان يصاد ذلك في المعنى كالمجنون وفيه اخلال بالابتلاء وانما عدل عنه اي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النسا لان بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه السلام لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلثون ابنا وهي تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روي انه ليس مجرى على ظاهره لان التبديل من الكافر اذا اسلم معفو فثبت انه عام لحقه خصوص فتخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله ولكن تحبس ظاهر لما ذكر وانه الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الحر والحرة والامة وقوله والامة يجبرها مولاها قال ابو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامة احتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامر القاضي ان يجبرها على الاسلام قال المصنف اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها امتنعت عن ابقاء حق الله تعالى بعد الاقرار ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهو رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فدفعت اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا ارتد قتل فلا فائدة في الدفع الى المولى وامـ

قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت على حالها قالوا اي المشايخ هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامة موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص والجامع ان كلا منهم مكلف مباح الدم وله انه حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل ولا قتل الا بالحراب وكان القتل هاهنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم وما لا نفاذ وهو قوله كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا وهذا الى كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته لان المقهور به امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال غير انه يدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حي مكلف محتاج الى ما يتمكن به من اداء ما كلف به فبالنظر الى الاول لم يزل ملكه وبالنظر الى الثاني لا يزول فتوقفنا في امره وقلنا بزوال موقوف فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه لا يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا استوى الجهتان وانتفى الشك وهاهنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظنية وجهة عدمه دونه فلزم التوقف وانما قد يقول في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امراته وبطلان الايمان

فإن الارتداد بالنسبة إليها قد عمل عمله وقوله وإن مات أو قتل على ردته لأنه لفظ القدوري والأول كان
لفظه ذكره شرحا للكلام وقوله ثم هو مال حربي فيكون فيئا يعني يوضع في بيت المال لا يكون للمسلمين باعتبار
أنه مال ضائع وقوله على ما بيناه إشارة إلى قوله لأنه مكلف محتاج إلى آخره وقوله ويستند يعني التوريث
إلى ما قبيل ردته فيجعل كأنه اكتسبه في حال الإسلام فورثته ورثته منه من وقت الإسلام ولأبي حنيفة رحمه الله
أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبلها أي لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد أي إسناد التوريث
في كسب الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لأنا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم
من الكافر وذلك لا يجوز ثم إنما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا إلى وقت موته حتى لو أحدث وارث
بعد الردة بأن أسلم بعض قرابته أو ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو
رواية الحسن عنه اعتبارا للاستناد يعني أن الردة يثبت بها الإرث بعد وجود الأشياء الثلاثة الموت والقتل
والحكم باللحاق بدار الحرب وإن لم يثبت قبل وجودها فإذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلا بد
حينئذ من اشتراط أن يكون وارثا إلى وجود أحدها وعنه أي عن أبي حنيفة وهي رواية أبي يوسف عنه أنه يرثه من كان وارثا
له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته أي بموت الوارث بل يخلفه وارثه لأن الردة بمنزلة الموت
ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فكذا هذا
وعنه أي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية محمد قيل وهو الأصح أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني
أحد الأمور الثلاثة سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعده لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه
كالحادث قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض في أنه يصير معقودا عليه بالقبض ويكون له
حصة من الثمن قال في النهاية وحاصله أي على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه
باقيا إلى وقت الموت أو القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فإنهما لا يرثان
وعلى رواية أبي يوسف يشترط الوصف الأول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الأول
وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل وهي في العدة لأنه يصير فارا وإن كان صحيحا لأنها سبب للهلاك كالمرض
فأشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن في حالة المرض يوجب الإرث إذا كانت
في العدة فإن قيل أبو حنيفة رحمه الله يستند التوريث إلى ما قبل الردة وذلك يستلزم أن لا يتفاوت الحكم بين
المدخول بها وغير المدخول بها لأن الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن أجيب بأن
الموت الحقيقي سبب للإرث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها وأما الردة فإنها جعلت موتا حكما ليكون
توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة
وقوله بخلاف المرتدة عند أبي حنيفة فإن ما اكتسبته في حال ردتها فهو فيء عنده وفرق بينهما بقوله لأنه لا حراب
منها ومعناه فلا قتل إذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل ومعناه أن عصمة المال تبع
لعصمة النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد
ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة
والقياس أن لا يرثها لأن فرار الزوج إنما كان يتحقق إذا ماتت وهي في العدة ألا ترى أنه لو طلقها قبل الدخول
بها في مرضه لم يكن لها الميراث لأنها ليست في عدته أمام ههنا لا عدة على الرجل فينبغي أن لا يرثها الزوج ووجه
الاستحسان ما أشار إليه بقوله لقصدها إبطال حقه وبيانه أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة
إبطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما إذا كانت صحيحة حين ارتدت
لأنها بانت بنفس الردة ولم تصر مشرفة على الهلاك لأنها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفار لأن المريضة
فلا يرثها زوجها منها **قال** وإن لحق بدار الحرب مرتدا ■ أي لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي

بلحاقه

بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الإسلام إلى ورثته
المسلم عندنا وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماله موقوفا وهو أحد أقواله لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة في الإسلام
والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب حقيقة وحكما أما حقيقة فلأنه
بين أظهرهم واعتقاده كاعتقادهم وأما حكما فلأنه لما أبطل إحراز نفسه بدار الإسلام حين عاد إلى دار الحرب
صار حربا على المسلمين فأعطي حكم أهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى أومن كان ميتا
فأحييناه ولأن ولاية الإلزام منقطعة عن الموتى إلا أن لحاقه لا يستقر إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا
فلا بد من القضاء فإذا تقرر موته الحكمي ثبتت الأحكام المتعلقة به وهي ما ذكرنا فمعنى قوله عتق مدبروه إلى آخره
كما في الموت الحقيقي وقوله ثم يعتبر ظاهر والضمير في لتقرره للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان وقوله وهذا رواية
عن أبي حنيفة رحمه الله هو رواية زفر عنه رحمهما الله وقوله وعنه أي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يبدأ بكسب الإسلام
وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله وقوله وعنه أي عن أبي حنيفة أيضا وهو رواية أبي يوسف رحمهما الله
على عكسه وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة وقوله وجه الأول أن المستحق بالسببين غير مؤدى من كسب
واحد فلا بد من أدائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب
به المستحق وهو الدين فيقضى أداؤه إليه ليكون الغنم بالغرم ما دار الغنم وقوله وجه الثاني تقريره أن
كسب الإسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم
الدين وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه
من محل آخر بأن لم يكن له كسب الإسلام فإن قيل لم لا يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه أجاب بقوله كالذمي إذا مات
ولا وارث له فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين قضي منه
وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة تقرر ثم كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء
الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الإسلام تقديما
لحقه وفيه بحث من أوجه الأول ما قيل أن هذا أساس قوله أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك
بالردة والثاني أن كون كسب الإسلام حق الورثة ممنوع فإن حقهم إنما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق
المورث والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب من حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه
أولى وأجيب عن الأول بأن المعنى عن خلوص الحق ههنا هو أن لا يتعلق حق الغير به كما ثبت التعلق في مال المريض
ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذمي
إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بأن الدين إنما يتعلق بما له عند الموت لا بما له من قبل
وكسب الإسلام قد زال وانتقل بالردة إلى الورثة وكسبه في الردة هو ما له عند الموت فيتعلق به وعن الثالث
بأن كسب الإسلام بعرضية أن يصير خالص حقه بالتوبة فكان أحدهما خالص حقه والآخر بعرضية أن يصير خالص
حقه ولا شك أن قضاء الدين من الأول أولى هذا على طريقة أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقضى دينه من الكسبين
جميعا لأنهما ملكه جميعا حتى يجري الإرث فيهما على ما تقدم من مذهبهما **قال** وما باعه أو اشتراه
ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا رحمهم الله في نفاذه وتوقفه وقال هذا عند أبي حنيفة وإنما قال
كذلك لأن المسألة من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين أقسام تصرفات المرتد
وهو واضح إلا ما ندرج فقوله لتجويز ما صنع في الوجهين يريد بأحدهما الإسلام وبالثاني الموت والقتل واللحاق
وقوله لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية لف ونشر لقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله إلى حقيقة
الملك يعني في الاستيلاد فلو ولدت جارية فادعى نسبه ثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت
الجارية أم ولد له لأن حقه في ماله أقوى من حق الأب في جارية ولده واستيلاد الأب صحيح فكذلك استيلاده

حيث لا يحتاج إلى حقيقة الملك وإنما يكتفى فيه بحق الملك وقوله وتمام الولاية يعني في الطلاق فإنه يصح من العبد مع
قصور الولاية على نفسه فإن قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد أجيب بأن
المرتد يقع طلاقه كما لو أبان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على ما عرف على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد
ولا تقع الفرقة كما لو ارتدا معا وقوله لأنه أي كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لأنه ترك
ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بأن المراد بالملة إن كان الإسلام ينتقض بنكاح
أهل الكتاب وذبائحهم وإن كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم
فإنه ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرفة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والنكاح وجريان
التوارث بين الزوجين منهم وأجيب بأن المراد بالملة ما يدينون به نكاحا يقرون عليه ويجري التوارث بين الزوجين
لأن ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح
نكاحهما لأن المرتد يجبر فكيف يتم لها هذه الأغراض من النكاح بخلاف المجوس وأهل الشرك فإنهم والتوالد يقرون
عليه قبل الإسلام وبعده إن لم يكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله كالمفاوضة معناه أن المرتد
فاوض مسلما توقف فإن أسلم نفذت المفاوضة وإن مات أو قتل أو قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق
وقوله وهو ما عددناه يعني قوله وما باعه أو اشتراه إلى آخره وقوله على ما قررناه إشارة إلى قوله لأنه مكلف
محتاج إلى آخره وقوله ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك
زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله ولو مات ولده بعد الردة يعني لو مات ولد
المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يبق ملكه فإنما بعد الردة لورثه هذا الولد لأنه كان
حيا وقت ردة الأب فإذا ثبت وجود الأهلية وقيام الملك تصح تصرفاته لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب
وقوله على ما قررناه في توقف الملك إشارة إلى ما قدمه من قوله ولأنه حربي مقهور تحت أيدينا وتوقف التصرف
بناء عليه أي على توقف الملك وقوله لتوقف حاله أي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله فكذا
المرتد يعني حاله يتوقف بين القتل والإسلام ثم ههنا إن استرق أو قتل بطل وإن ترك نفذ فكذلك ههنا واعترض
عليه بأن الحربي الذي دخل دارنا بغير أمان يكون فيئا فكيف يتوقف تصرفاته والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض
وقوله واستحقاق القتل جواب عن قولهما ولا خلل في الأهلية وتقريره لا نسلم وجود الأهلية لأن الصحة
تقتضي أهلية كاملة وليست بموجودة في الحربي لأن كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وكونه أدبيا
(في الحربي كأنها ليست بموجودة)
مسلما وذلك يوجب الخلل في الأهلية وقوله في الفصلين يريد به فصل الحربي وفصل المرتد فإن قيل لو كان
استحقاق القتل موجبا للخلل في الأهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكانت تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق القتل
وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل أجاب بقوله لأن الاستحقاق في ذلك يعني أن الاستحقاق في ذلك يعني أن
الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليس كذلك لأن الاستحقاق
فيهما جزاء على الجناية وقوله بخلاف المرأة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة **قال** فإن عاد المرتد
بعد الحكم بلحاقه إذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار الحرب إلى دار الإسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله
بعينه أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب وإذا عاد مسلما احتاج إليه فيقدم عليه
أي على الوارث قال شمس الأئمة الحلواني في هذا ولو كان هذا العود بعد موته حقيقة بأن أحياه الله تعالى وأعاده
إلى الدنيا كان الحكم فيه هكذا إلا أنه خلاف العادة بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه فإنه لا سبيل له لأنه
أزاله في وقت كان فيه سبيل من الإزالة فنفذت وبخلاف أمهات الأولاد والمدبرين فإنه لا سبيل له عليهم لأن
القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لأنه لو كان في دار الإسلام كان له أن يموته
حقيقة فإذا خرج عن ولايته كان له أن يميته حكما فإذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد ثبوته لا يحتمل

النقض

ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون
بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو إلى أجله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء
القاضي وقوله وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية ظاهر وقوله قلنا إنما ردنا إلى قوله لأنه لا يفتقر إلى حقيقة
الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الأكثر منها وإنما قيد بقوله أكثر من ستة أشهر احترازا عما إذا جاءت به لأقل من
ستة أشهر فإن الولد يرث أباه المرتد وإن كانت أمه نصرانية لأنا تيقنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة
فيكون مسلما تبعا لأبيه وأما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل
الولد مسلما بإسلام الأب قبل الردة وإذا لحق المرتد بماله الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو أي المال في
دون نفسه ويجوز أن يكون فيئا دون نفسه كنساء العرب وإن لحق ثم رجع يعني وإن لحق وحكم القاضي بلحاقه
ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجد به الورثة قبل القسمة رد عليهم والفرق
بين المسألتين أن الأول مال لم يجر فيه الإرث فهو مال الحربي وإذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة والثاني
انتقل إلى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما إذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة أخذه مجانا
فإن لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسألة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة أيضا لأنه متى لحق بدار الحرب
ما الظاهر أنه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيئا لأنه لا حق للورثة فيه لأن الحق
لا يثبت لهم إلا بالقضاء وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة
جائزة والولاء للمرتد الذي أسلم أما جواز الكتابة فلأنه لا وجه إلى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ وهو
قضاء القاضي باللحاق ثم بعد ذلك إما أن يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل إلى الأب لا سبيل إلى الأول لأن
الكتابة لا تحل بملك الرقبة وقد ذكرنا أن المرتد إذا عاد مسلما أو حربيا وجد في يد وارثه بعينه ولا إلى
الثاني لأن المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته
لأن في الولاء الوكالة خلافة اختيارا لا إلغاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فكأنه وكله في كتابة عبده وحقوق
العقد فيه أي في عقد الكتابة ترجع إلى الموكل وأما أن الولاء للمرتد الذي أسلم فلأن الولاء لمن أعتق والعتق
إنما حصل منه بعد أداء بدل الكتابة بخلاف ما إذا رجع مسلما بعد أداء بدل الكتابة بخلاف ما إذا رجع
مسلما بعد أداء بدل الكتابة لأن الملك الذي كان له لم يبق قائما حينئذ **قال** وإذا قتل المرتد
رجلا خطأ كلامه واضح وقوله لانعدام النصرة يعني أن التعاقل إنما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد
فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب منه في حال الإسلام دون الردة عند أبي حنيفة
رحمه الله وعندهما الكسبان جميعا له فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضيا الفصل
الفصل لفصله عن الصفة وقوله أما الأول يعني ما إذا مات عن ردته وقوله فأهدرت يعني الردة
لأنها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطأ لأن قطع اليد صار نفسا بخلاف ما
إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك فإنه لا يضمن القاطع شيئا وإن كان معصوما وقت السراية لأن
الإهدار لا يلحقه الاعتبار يعني إذا وقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لأن غير الموجب لا ينقلب
موجبا أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذلك بالردة وقوله فإن لم يلحق وأسلم يعني إذا قطع يد المسلم ثم ارتد
والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وقوله في جميع ذلك أي فيما إذا مات
على ردته أو لحق ثم جاء مسلما أو لم يلحق وأسلم وقوله لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام
إلى الضمان وقيل إن الردة يعني ولو مات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك إذا لم يمت عليه كعبد قطعت
يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تقايلا البيع ثم مات العبد لم يجب إلا دية العبد كما لو مات على البيع
لأن البيع معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء لأن الإقدام على البيع إبراء عن الجناية من حيث المعنى

وصار كما اذا قطع يد مرتد فاسلم سواء مات من القطع او لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار ان المهدر لا ينقلب الاعتبار ولما ان الجناية وردت على محل معصوم لان الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الفرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس والباقي ظاهر وقوله وصار كبقاء الملك في بقاء اليمين يعني اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عاد الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا استئمان منه لانها وضعت لتبديل الدين ويصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة لا لانه ابراء بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان قول محمد وزفر قياس وقول ابي حنيفة وابي يوسف استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل او مات المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا منه في حال ردته كانت الدية في الخطأ في ماله لما تقدم ان المرتد لا يعقل جانيا احد وقوله واما عند ابي حنيفة رحمه الله يحتاج الى الفرق بين المرتد والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له اذا كان حرا وجعله ملكا له اذا كان مكاتبا ووجه الفرق ما ذكره ان المكاتب يملك اكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف لرده لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا بالحاق الذي هو شبه الموت واذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الاكساب الحاصلة بسببه واوضح ذلك بقوله الا ترى انه اي المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى يعني الردة بالطريق الاولى وانما كان الرق اقوى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما واما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه اذا صار ايضا مع انه مرتد اولى قال صاحب النهاية قلت للشيخ رحمه الله في هذا الايراد من عدم منع الردة عنه لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز ان يمنعاه عند الاجتماع لان للاجتماع تاثيرا كالشاهدين ثم اجتمع ههنا للمكاتب هذه الثلثة اوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز ان يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف قال رحمه الله اما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا اقام احد المدعيين اربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها الى هذا لفظه واري ان الجواب بحث النظر غير مطابق للسؤال لان ايراد السؤال ليس من حيث ان احدى علتي المنع تعارض علة الاطلاق وتترجح بالاخرى بل ايراده من حيث انهما عند الاجتماع لم لا يجوز ان يكونا مانعا عن التصرف بناء على ان الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل من الافراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تاثير اذا امكن ان يحصل من تركيبها امر خارجي او امر حقيقي لا امر ولا يمكن ذلك من الرق والردة **قال** واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله فلحقا فحبلت المرأة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت في دار الاسلام ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره لفائدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار حجة في الاستتباع فاذا جبر هناك يكون جبره ههنا بالطريق الاولى وذلك ظاهر وقوله ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما تبعا للجد كان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام ولو كان تبعا لابيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير وقوله كلاهما على الروايتين يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل

وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهي لما ذكرنا واما صورة صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا والجد موسر هل يجب فطرة الحافد عليه او لا واما صورة جر الولاء فلانه اذا اعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالي الجد او لا يكون واما صورة الوصية للقرابة فاذا اوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد والحافد على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد حتى يجري عليه احكامه فتبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان ادرك كافرا ويحبس وتوجيه تقرير المذاهب في الكتاب ظاهر وقوله لهما اي لابي يوسف والشافعي انه اي الصبي الذي يعقل تبع لابويه فيه اي في الاسلام فلا يجعل اصلا يعني يصح اسلامه بطريق التبعية بالابوين فلا يصح بطريق الاصالة لان التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة والعجز ينافي واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي الاخر ضرورة وقوله ولانه يلزمه دليل اخر وهو واضح وقوله وافتخاره به مشهور حيث قال رضي الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي واختلفت الروايات في سنه حين اسلم وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعا الى الاسلام في اول البعثة ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علي في ذي الحجة فخمس الى ثلث وعشرين صار ثمانيا وخمسين وقال العباس اسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين وقوله ولانه اي حقيقة الاسلام دليل اخر وهو ظاهر وقوله وما يتعلق به سعادة ابدية يجوز ان يكون معطوفا على التصديق اي هو التصديق الاصلي وهو ما يتعلق ويجوز ان يكون خبر مبتدأ محذوف ويجوز ان يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصلي على تقدير ان يكون بغير واو ويجوز ان يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة ابدية خبره وهو الاولى وهو جواب عن قولهما انه يلزمه احكام مشوبة بالمضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا تنفل في الايمان ومن ضرورة الوقوع فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فما دام لم يكن يصح فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب انا لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا ادى الجمعة وصلى وقع فرضا وهو ليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فلا يجعل اصلا ان احدى الجهتين يزيد بالاخرى فلا يكونان متنافيين وذلك ان الجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنيته مقصودا وتبعا للسلطان ايضا وقوله وهذا لي ولابي يوسف وزفر والشافعي رضي الله عنهم وقوله ولابي حنيفة ومحمد فيها اي في الردة فانها موجودة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان ردة الردة تكون بالعفو عنها وذلك ممتنع فان رد الاسلام انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك فاعترض بان هذا اعتبار ما هو محض مضرة بما هو منفعة محضة وذلك قياس الشيئين المتباينين بالقياس فرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب ان هذا القياس منا لوجود شيء وحقيقته بوجود شيء اخر وحقيقته في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله الا انه يجبر على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه وجه قوله لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم قال في النهاية فيه نظر لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لصباه والله تعالى ارحم الراحمين وهو لا يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشي واشار اليه في المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر

باب البغاة

اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده فالبغاة جمع الباغي كالقضاة جمع القاضي واد الغلب في عرف المسلمين على الذي خرج عن طاعة الامام

دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم في ذلك كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها اول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم علي ابا موسى الاشعري بينه وبين معاوية قبل ان يبدأ القتال ولانه تعالى قال فقاتلوا التي تبغي الآية وعلي رضي الله عنه ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك انه رضي الله عنه بعث ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس هذه الحادثة ليست بدعا من بين حكام وما التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي رضي الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر اخرون وكلامه واضح وقوله ما المروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت يريد به ما روى الحسن عن ابي حنيفة ان الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار محمول على حال لا يكون لهم امام اما اذا كان المسلمون مجتمعين على الامام وكانوا امنين به والسبيل امنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فيجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتلهم نصرة لامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي فان الامر للوجوب وقوله اجهزوا اتبع على بناء المفعول يقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت قتله وتممت عليه وقوله لا يقتل اسير وهو مقول علي رضي الله عنه ولا تكشف سترا اي لا تسبى نساء وهم الاتري ان اصحاب علي رضي الله عنه سألوه قسمة تلك فقال فاذا قسمت فلمن يكون عائشة من القدوم ام لا ابتداء الا لاسواء ايم للانسان نعالك فلا تقدم اي يقتدى به وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله تحبسهم لا قوله دفعا للشر وقوله لانهم مسلمون معطوف على قوله لقول علي رضي الله عنه وقوله اما عدم السبي فلا يتأتى اشارة الى قوله علي رضي الله عنه ولا يؤخذ مال وقوله ولانهم مسلمون وقوله وان غلبوا يعني فلو غلب اهل البغي من المصر قبل ذلك اي قبل اجرا احكامهم على اهله وقوله في الوجهين اي في الوجه الذي قال انا على الحق وفي الوجه الذي قال انا على الباطل وقوله رواه الزهري قال الزهري وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل ما اخذ بتأويل القرآن فهو موضوع وقوله ولا التزام اعتقاد الاباحة يعني ان الباغي اعتقد اباحة اموال العادل لان العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله وخصماه فيه اي ولابي حنيفة ومحمد وقيل في قتل الباغي العادل وقوله معناه الفاسد اي يعتبر القاتل في الفاسد في دفع الحرمان وقوله لم يوجد الدافع اي التأويل الدافع للضمان وقوله ليس بعينه بالكوفة يعني باعتبار ان البغاة خرجوا منها اولا والا فالحكم في غيرها كذلك وقوله الا انما لصنعه يريد به الحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره ولا يشك اليه الا ترى انه تكره بيع المعازف فانه معروف من الطنابير يتخذه اهل الدين ولا تكره بيع الخشب لانه انما يصير معروفا بفعل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب يعني لا يكره بيع الخمر ونحوه بيع العنب والفرق لابي حنيفة بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سنبينه في باب الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقيط

كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنا مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء وقد قال تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا فان كان بمعنى المفعول كان تسميته اللقيط باسم ما يؤول اليه لما انه يلقط وهو حر اي في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد كذا في شرح الطحاوي وقوله لان الاصل في بني آدم الحرية وقوله هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما فانه قال

اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر رضي الله عنه مثله وقوله والخراج بالضمان اي له غنمه وعليه غرمه الى غلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد في ضمانه يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله فيه اي في بيت المال ويقال تبرع الرجل بالشيء اذا افضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع وقوله الا ان يأمر القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية وقوله ليكون دينا اشارة الى انه انما يصير دينا اذا قال ذلك ومن اصحابنا من قال بمجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامره بنفسه اذ لو كان من اهله ولو كان من اهله وامر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا اذا امره القاضي والاصح انه لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقه يحتمل ان يكون للحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه وقوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل اخر فالملتقط اولى لانهما استويا في الدعوى وللاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وقوله ثم قيل يصح في حقه اي في حق النسب وقيل يبنى على بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظه ولدعوى غيره وقوله ولو ادعاه الملتقط نسب اللقيط وقال الهواني تعدها قال انه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق احد ولا منازع له في ذلك والاصح انه في القياس لا يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط من ابطال حق الملتقط فلذلك لم يصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لانه لما ادعى انه لقيط كان نافيا نسبه لانه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه وكان مناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لان هذا اقرار فيه نفعه من حيث يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه فهو في هذا الاقرار ملتبس لذلك نفعته وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله انه مناقض قلنا نعم ولكن فيه طريقة الخفا قد يشتبه على الناس حاله لو ولد الصغير ونطق انه لقيط ثم يتبين فيجوز ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا كذب نفسه وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به اي عند المتنازع اذ يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده واصاب في وصفه لان ذلك اصاب اولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف احدهما واصاب ولم يصف الاخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد لو ادعى يحل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزمه وههنا يلزم وجب قلنا الفرق بينهما هو ان اصابة الواصف محتمل انه اصاب لانه رأى في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق وعلى الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق وهو الدعوى لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا ترى انه لو انفرد بدعوى اللقيط قضي له بها اذا اقام البينة يعتبر الوصف لترجيح جانب الاستحقاق وفي اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر اصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا له فافترقا وقوله واذا وجد في مصر من امصار المسلمين على ما ذكر في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسئلة في الحاصل على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمد ان العبرة للواجد في الفصلين جميعا كذا في المبسوط وقوله في بعض النسخ اي في بعض نسخ دعوى المبسوط **وقوله** ومن ادعى ان اللقيط عبده ظاهر فان قيل البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم ههنا لان الملتقط ليس بولي ولا يكون خصما اجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه منه ويزعم انه احق بحفظه فلا يتوصل المدعي الى اثباته ويده عليه الا باقامة البينة فان ادعى عبد انه ابنه يثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو

تصرف فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلد له الحرة ولا يبطل به الحرية
الظاهرة بالشك ويمكن ان يقرر بعبارة اخرى لئلا يلتبس على مطلوبين احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه
يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد تلد له الامة فيكون عبدا والظاهر
في بني ادم الحرية ولا يبطل بالشك **قال** والحر في دعوى اللقيط اولى من العبد اذا ادعى اللقيط الحر
والعبد وهما خارجان والمسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي
وكذلك اذا اقاما البينة وليست احديهما اكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم لان بينة
كل واحد منهما حجة في حق الاخر وليست احديهما اكثر اثباتا فكان المسلم اولى واما اذا كانت بينة الكافر اكثر اثباتا
فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه واقام على ذلك شاهدين
مسلمين واقام مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي بالصبي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام
لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت النسب بجميع احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح
باليد لقوله قال الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من المسلم الخارج واذا وجد مع اللقيط مال مشدود
عليه او على دابته فهو له ولذا الدابة اعتبارا للظاهر لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل
الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه واصالة التمسك الذي عليه فان قيل الظاهر يصلح
للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة والشركة لك اجيب بان هذا
الظاهر يدفع دعوى الغير قوله ثم يصرفه الواحد اليه بظاهر وقوله والموجود في كل واحد منهما اي من الملتقط
والامام احدهما لان للملتقط ولاية ملا ولا شفقة له ولا للامام شفقة كاملة ولا راي لها وقوله لانه من باب
تقويم السفيه تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتاديب والتهذيب وقوله
بخلاف الام لانها تملكه اي تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدام ولدها واجارته والله اعلم

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة مشتقان من لفظ
واحد وخص اللقيط ببني ادم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني ادم واللقطة هي الشيء
الذي يلتقط فيأخذ امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه
ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وقوله بل هو الافضل عند عامة العلماء احتراز عن قول من يقول
اخذه جائز وتركه افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها
في ذلك الموضع وهو الواجب اذا خاف عليها الضياع على ما قالوا والحاصل ان الالتقاط عند عامة العلماء على نوعين
ما يكون اخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم
اولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة دمه واذا خاف عليه الضياع
وجب حفظه وكذلك اذا خاف عليه الغرق وما لا يكون واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع فيقبل ويعد مندوبا
اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن ان يصل اليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها
وتركه افضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب
وكذا ان لم يشهد اي اذا كان اخذها مأذونا فيه شرعا لا يكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو
لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه واذا اشهد الملتقط انه يأخذها لا حرز لا يكون
مضمونة عليه لانه لم يأخذها لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت امانة لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا
تصادق الملتقط والمالك انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا اقام الملتقط
البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال
غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله اما عدم الضمان فلان الظاهر
شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ
للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل للشرع قائم مقام الاشهاد منه واما ان القول قوله
فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان وهو وجوب الضمان في ذمته وهو ينكره والقول قول المنكر مع يمينه كما لو
ادعى عليه الغصب ولهما انه اقر بسبب الضمان لظاهر قبل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه
ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع ان يأخذه منه الظالم فترك
الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهد حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد
مع القدرة عليه وقوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول ظاهر وقوله وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
تشير الى انه ليس ظاهر الرواية فان الطحاوي قال فاذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء
كان الشيء نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار تساوي الف درهم يريد به ما روى
البخاري في الصحيح مسندا الى ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم
فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا
فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة بعموم
اللفظ لا لخصوص السبب واقول هذا الحديث يدل على ان التعريف يكون حولين والشرع لا يشترط
بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد وقوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم اشارة الى ما اختاره
شمس الائمة السرخسي وقوله كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كانت في مواضع متفرقة فجمعها وصار بحكم الكثرة
لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجماع والاجماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها
حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعد ما جمعها جاز ان يأخذها لان الالقاء متفرقا دليل على الاذن
لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز
الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها **قال** فان جاء صاحبها والا تصدق
بها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايصالا للعين الى المستحق الدفع اليه والا اي
وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء تصدق بها ايصالا للعوض للمستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق
بها بعد مجيئه وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط او
الحاكم فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه
فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة تقتضي قيام المحل عندها كما في بيع الفضولي وليس بلازم
حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة اجيب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان
ماذونا في التصدق شرعا ملكه الفقير بنفس الاخذ لان التصدق من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك
على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قائما
في يد الفقير اجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له
وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت اموال الورثة فله ان يأخذ ما وجد قائما بعد ثبوت الملك
لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد الاجازة فلا بد من قيام المحل ليثبت
الملك فيه وتمليك العين المعدومة لا يصح كما يشترط قيام البائع والمشتري والمالك ايضا وتمامه في
البيوع ان شاء الله وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع
اجاب بقوله لانه اباحة من جهة الشرع يعني ان الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط
الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء المسكين لما ذكر في الكتاب

وهو الاصح وان كان في البيت قائمة اخذها لانه وجد عين ماله وحاصله ان المالك ان لم يجز الصدقة فلا
يخلو اما ان تكون اللقطة قائمة في يد الفقير او هالكة فان كانت قائمة اخذها وان كانت هالكة فان
شاء ضمن الملتقط وان شاء الفقير وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه فان كل واحد منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم
بغير اذن المالك والفقير بالتسلم بدونه لان انتقال الفقير موجود من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التعزير
اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا وقوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير هو سوى الغاظ ذكرها
قوله والاباحة اي اباحة الاخذ وقوله واذا كان رفعها اي اللقطة ما يدفع بقاؤه عن نفسه يعني ما يهلكها كالقرن
في البقر وزيادة القوة في البعير يكدم به وينفحه وكذلك في الفرس وقوله مقتضيا للكراهة اي بكراهة الاخذ
وقوله وفي هذا نظر من الجانبين اي من جانب المالك بانتفاعه بما له ومن جانب الملتقط بالرجوع على
المالك بما انفق على اللقطة وقوله فاذا لم يظهر مالكها امر ببيعها فان فاد امر بيعها فبيعت اعطى القاضي
من ذلك الثمن ما انفق بامره في اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو
معلوم للقاضي فيعينه على اخذ حقه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذ وكان للقاضي ان يعينه
على ذلك وقوله في الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على ان هذه الدابة لقطة
عنده فان قيل البينة انما تقام على المدعي عليه المنكر وليس بموجود ههنا اجاب بقوله وليست تقام للقضاء
اي هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعي عليه وقوله وان قال لا بينة
لي اي الملتقط قال لا بينة لي على انها لقطة عندي ولكنها لقطة يقول القاضي للملتقط انفق عليها
ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول هذا التردد تحرزا عن لزوم احد الضررين لانه لو امر قطعا
تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ولو لم يامر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد
انفق عليها وقوله اذا شرط القاضي الرجوع على المالك متصل بقوله انما يرجع اي انما يرجع الملتقط
على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط
بقوله والاصح ان يامر القاضي للملتقط بالانفاق وعلى ان يكون دينا على اللقيط حتى يرجع على
اللقيط والاولى وهذا احترازا عن قول بعض اصحابنا ان مجرد امر القاضي بالانفاق وعليه يكفي للرجوع
قال واذا حضر يعني المالك كلامه واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه حي بنفقته
فقال انشدت الضالة اي عرفتها وانشدتها اي طلبتها ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي رحمه الله ان
لا تحل لقطتها الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عندنا والمعرف عندنا والعفاص الوعاء الذي يكون
فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكاء الرباط ويقال اوكيت الشيء بالوكاء وهو الرباط
الذي يشد به وقوله افضل المالك مرحوم يعني مرغوب تحصيل الثواب فحملناه كما في سائرها اي في
سائر اللقطات وتأويل ما روي من قوله عليه السلام لا تحل لقطتها الا لمنشدها لا تحل التقاطها الا للتعريف
فان قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط تعريفها لمكان
الغربا لان الناس ياتون من كل فج عميق ثم يتفرقون عنه شرقا وغربا فالظاهر انها للغربا
ولا يظن عودهم في سنة او اكثر فينبغي ان يسقط التعريف لعدم الفائدة فاخبر رسول الله صلى الله
عليه وسلم ذلك الوهم فبين انه لا تحل رفع لقطتها الا لمعرفها كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله فيهما
اي في المالك والشافعي رحمهما الله حاصله ان الملتقط متى رجح من وجه دون وجه فيكتفي في الحجة بذكر الوصف
ولا يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر فلا يعتبر
الا البينة لانه صرفا بالتملك ملكا وقوله وهذا اي هذا الحديث للاباحة هو قوله فادفعها اليه
اي يجب حمله على الاباحة لاجل العمل بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر

فانه

فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك وللقائل ان يقول
الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الدفع ايضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز
والجواب ان الشافعي لم يقل بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب والمصنف ههنا في مقام الدفع فجاز ان يدفعه
على طريق يلزمه الخصم وقوله بخلاف الغنيمة لو ادعى غائب عينه اي عينه من الغنيمة وانما ذكر الضمير عليه وان لم
يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسألة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة
البينة على انها له ففي اخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا ياخذ كفيلا وقوله لان المالك ههنا غير
ظاهر يعني يجوز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما
للدفع اليه واما المودع فانه مالك ظاهرا فيناله لا يامر اقرار لوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه اقر بما لا يستحق
ثم في الوديعة اذا دفع اليه بتصديقه ما صدقه وهلك ثم جاء المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس
له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل
عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان
يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما ثبت المالك لعينه بالبينة
فكان له ان يرجع عليه بما ضمن هكذا ذكره في المبسوط وقوله وكان من النبأ يستوي الاغنياء جمع الميسور
ضد المعسور وقوله حملا له على رفعها اي يكون له حاملا وباعثا على رفعها وقوله لاطلاق النصوص
يريد به قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا
وقوله فمن اعتدى عليكم وقوله والاباحة للفقير بما رويناه هو قوله عليه السلام فليتصدق به
وقوله والغني محمول على الاخذ جواب عن قوله ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها وقوله
والاستمتاع اي جواب عن استدلاله بحديث ابي رضي الله عنه وقوله وهو جائز الى الاستمتاع للغني جائز
باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه وقوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين يعني نظر الثواب للمالك
ونظر الانتفاع للملتقط وقوله لما ذكرناه اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين

كتاب الاباق

قال صاحب النهاية رحمه الله هذه الكتب
اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود تتجانس بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضة
الزوال والهلاك والاباق هو الهرب والابق هو الهارب من مالكه قصدا وان الابق اخذ افضل
في حق من يقوى على رده لما فيه من احيائه اذ الابق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له
واما الضال وهو الذي لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه
فيجده المالك ولا كذلك الابق ثم اخذ الابق ياتي به السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار
شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما اختيار شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه
وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة له الراد بالخيار وقوله اذا دفع الابق
اليه يحبسه ظاهر وقوله ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب
اربعين ومنهم من اوجب ما دونها قال عمر رضي الله عنه في جعل الابق دينار او اثنا عشر درهما وقال
علي رضي الله عنه دينارا او اثني عشر درهما وقال ابن مسعود رضي الله عنه اربعون درهما وقال عمار بن ياسر
رضي الله عنه ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر فله اربعين فاوجبنا الاربعين
في مسيرة السفر وما دونها فيما دونها توفيقا وتلفيقا اي جمعا بين الروايات المتعارضة وقد كان
الواجب ان ناخذ باقل المقادير لتيقنه اجيب بانه لم يوجد بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل
قول من افتى بالاقل على ما اذا رده فيما دون مسيرة سفر وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر

بالخيار

وهذا اولى لانه يعمل بكل منهما وقوله وا لتقدير با لسمع جواب عن قياس الابق على الضالة في عدم وجوب الجعل وفي قوله ولان الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانهما تقتضي التساوي بين الاصل والملحق وليس بموجود وقوله وتقديرا لرضخ تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فحسابه فان عملوا با لقسمة كان لكل يوم ثلثة عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض الى راي الامام وقوله والمدبر وام الولد في هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف بقوله لما فيه من احياء ملكه اولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لان ام الولد لا مالية فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وقوله لانهما يعتقان بالموت باطلاقه ظاهر في حق ام الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فلذلك لا يستوجب الجعل على الورثة ولان المستسعى كالمكاتب عنده وهو مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب او الحر وقوله ولو كان الراد ابا المولى وابنه وهو اي كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والقياس ان يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد ابنه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الابق على ابنه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب وقوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب اي القدوري وهو قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام **قال** وان ابق من الذي يرده اذا ابق من الذي اخذه ليرده فلا شيء عليه اي الاخذ لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ وقد ذكرنا في اللقطة ان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله وذكر في بعض النسخ اي نسخ مختصر القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد اذا ابق الابق منه وهو صحيح ايضا لانه اي الراد في معنى البائع من المالك لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك هنا سقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو قوله ولهذا اي ولان الراد بمنزلة البائع كان له ان يحبس العبد حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا انه امانة عنده ولو اعتقه المولى اي اعتقه قبل ان يقبضه وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق فيجب عليه الجعل وانما كان بالاعتاق قابضا لانه لو دبره لم يكن بالتدبير قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان يصل الى يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا خلاف الهبة فان المولى لا يصير به قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يده ولا بدل له ولا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد علم من قبل ان الراد في معنى البائع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جائزا وقوله وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه اخذه ليرده ظاهر وقوله فان كان الابق رهنا باتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله وقوله والجعل على المرتهن فيه نظر لانه يلزمه اذا رد ام الولد ومات المولى الجعل على المرتهن عند ابي حنيفة رحمه الله وان احيا المالية فيها باعتبار الرقبة وهاهنا المالية باعتبار كسبها لانه احق بكسبها وقد احيى الراد ذلك برده وقوله وان كان مديونا اي العبد الابق ان كان مديونا بان كان ماذونا له فلحقه الدين في التجارة

او

الاستهلاك مال الغير واقربه مولاه وقوله كالموقوف يعني بين ان يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء متى اختار البيع ولم يتوقف الملك في العبد يتوقف مؤنة الملك وهو الجعل وقوله وان كان اي الابق موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر ان الواصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فيجب على من يستقر الملك له وتقريره فعلى المولى ان اختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي ان يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين فيه وجه الدفع ان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته ولا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالرجوع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد اجيب بانه كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل اخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق الى اخرهما وجودا كذا هذا وقوله وان كان لصبي الى اخره ظاهر

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هاهنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم حي هو او ميت وقوله نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح وقوله ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره وقوله وانه اي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فانه عند ابي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها واذا كان كذلك يعني ان وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بنفاذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة من الغائب غير متصور الا اذا راه القاضي اي جعل ذلك رايا له وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب بان المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر ام لا فاذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف وقوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظاهر وقوله ومن الثاني الاخ والاخت انما كان من الثاني لان نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء او الرضاء ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضا وقوله واذا لم يكن ذلك يعني المديون والمودع في ماله وقوله وهذا اي الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي وقوله وهذا اي الاحتياج الى الاقرار انما هو اذا لم يكن اي الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح والنسب كذلك ولذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هو الصحيح احتراز عن جواز القياس وهو قول زفر انه لا ينفق منهما عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضي على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده حق الغائب ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وقوله لان القاضي نائب عنه اعترض عليه بان القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق على هؤلاء فلا يكون نائبا واجيب بان القاضي نائب عنه وابقاء ما عليه من الحقوق

كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له أن يوفي ما عليه من الدين إذا علم بوجوبه بخلاف المودع فإنه نائب عنه في الحفظ فقط فإن قلت إذا دفع المودع بغير أمر القاضي وجب أن لا يضمن لأنه دفعها إلى من في عيال المودع والإجماع عنه في ذلك أجيب بأن الدفع إليهم لا بوجه إذا كان للحفظ والدفع للإنفاق دفع للإتلاف وقوله لأن ما يدعيه للغائب معناه أن الخصومة لا تسمع إلا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لأنه لم يوكله وهو ظاهر ولأنه لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود ولا يكون النائب حكما إلا في مثل ذلك ويجيء تمامه في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى **قال** ولا يفرق بينه وبين امرأته كلامه واضح وقصة من استهوته الجن أبي حزنة المهادي وهي لمالك وما روي عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال أنا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال أكلت خزيرا في أهلي ثم خرجت فأخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فأعتقوني ثم أتوا بي قريبا من المدينة فقالوا أتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فإذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد أبان امرأتي بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالإيلاء والعنة والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ودفع الضرر عنها فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولي وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولي والعنين فيعتبر بزيادة المدة في التربص بأن يجعل السنون مكان الشهور فيتربص بأربع سنين عملا بالشبهين وقوله ولنا ظاهر حاصله أن البيان في الحديث المرفوع إلى النبي عليه السلام مجمل وقول علي رضي الله عنه خرج بيانا لذلك المبهم وقوله وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه رواه ابن أبي ليلى وقوله ولا معتبر بالإيلاء جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الإيلاء وهو ظاهر فإن الإيلاء إذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فإنه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل وقوله ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة وتقريره أن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تحول فيفات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فإن حقها مرجو قبل مضي أربع سنين وبعده **قال** وإذا تم له مائة وعشرون سنة اختلف روايات أصحابنا في مدة المفقود فروى الحسن عن أبي حنيفة أنها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فإذا مضت هذه المدة حكما بموته قيل وهذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أكثر من هذه المدة في ظاهر الرواية يقدر بموت الأقران فإنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته لأن ما يقع الحاجة إلى معرفته بطريقه في الشرع فللرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل تعتبر بأقرانه في جميع الدنيا أو في الإقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة لأن الظاهر أنه لا يعيش في زماننا أكثر من مائة سنة وقدره بعضهم بتسعين لأنه متوسط ليس بغالب ولا نادر والأقيس وهو أفعل التفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم أشغل من ذات النحيين أن لا يقدر بشيء من المقدار كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الأقران لأنه لو لم يقدر بشيء أصلا لتعطل حكم المفقود والأرفق أن يقدر بتسعين لأنه أقل ما ذكر فيه من المقادير وقوله وإذا حكم بموته ظاهر وكذا قوله أوصى للمفقود ومات الموصي أي لا يصح الوصية بل يوقف وذكر في الذخيرة وإذا أوصى رجل للمفقود بشيء فإني لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لأن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يجعل حصة المفقود إلى أن يظهر حاله فكذلك في الوصية والأصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله وتصادقوا أي الورثة المذكورون والأجنبي وإنما قيد بالتصادق لأن الأجنبي الذي في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين لإقرار

ذي اليد

ذي اليد لا بقرار لا يدعون لأنفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا إذا أقر من في يده المال أما لو جحد أن يكون المال في يده للميت فأقامت البنتان البينة أن أباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولأخيهما المفقود فإن كان حيا فهو الوارث معهما وإن كان ميتا فولده الوارث معهما فإنه يدفع إلى البنتين النصف لأنهما بهذه البينة يثبتان الملك لأبيهما في هذا المال والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في إثبات الملك له بالبينة وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على يد عدل لأن الذي في يديه جاحد فهو غير مؤتمن عليه وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لأنه إذا كان في يد الابنين والمسألة بحالها فإن القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئا عن الابنين لا يخرج شيئا من أيديهما لأن النصف صار لهما بيقين والنصف الباقي للمفقود من وجه وبيديهما ولا يقف منه شيئا للمفقود أن لا يجعل شيئا مما في يد الابنين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود فطلبت البنتان ميراثهما واتفقوا أن الابن مفقود فإنه يعطي البنتان النصف وهو أدنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن من غير أن يقضى به لهما ولا لأبيهما لأنه لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا به وقوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقف النصيب فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض وقوله ولو كان معه أي مع الحمل وارث آخر إن كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما إذا ترك امرأة حاملا وجدة فإن للجدة السدس لأنه لا يتغير فرضها بالحمل وكذلك إذا ترك ابنا وامرأة حاملا فإن المرأة تعطى الثمن لأنه لا يتغير فرضها وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى كابن الابن والأخ والعم فإنه لو ترك ابنا وامرأة حاملا وأخا أو عما لا يعطى الأخ والعم شيئا لأن من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الأخ والعم فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل المتغير به كالزوجة والأم فإنه إذا كان الحمل حيا يرث الزوجة الثمن والأم السدس وإن لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود يعني أنه إذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لأنه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك أخا وابنا مفقودا لا يعطى الأخ شيئا وكذلك لو ترك أما وابنا مفقودا فإنه إن كان المفقود حيا يستحق الأم السدس وإن كان ميتا يستحق الثلث كما في الحمل

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الأبواب المارة انساقت إليها على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث أن نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص بها وإن لم يوجد اختلاط النصيبين لأن العقد سبب له والشركة جائزة لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله عليه السلام إلى يومنا من غير نكير منكر وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه واضح وقوله خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط الحنطة والأ بحرج كخلطها بالشعير وقوله فإنه لا يجوز يعني البيع من الأجنبي إلا بإذن شريكه قوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط فإذا حصل بغير تعد كان لسبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا إلى الشريك في حق الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين

البيع من

وقوله فيها للوكالة احتراز عن الشركة في الكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه
يقع لمن باشر سببه خاصا لا على وجه الاشتراك اي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة
المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل بتضمن هذه العقود الوكالة بقوله ليكون ما
يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه اي من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود
انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة
مشتركا بينهما الا وان يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى
يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي اربعة
اوجه ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد او لا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط
المساواة في ذلك المال في راسه وربحه او لا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان
يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير او لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح
امور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم امراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين تحقق المنازعة
بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسري وقوله فلا بد من تحقق
المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من ماخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة
من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء
المفاوضة يشترط المساواة فكذا في الانتهاء وقوله وذلك اي تحقق المساواة في المال والمراد به ما يصح الشركة
فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون على الناس
لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله وكل ذلك بانفراده فاسد اي كل من الوكالة والكفالة في المجهول
فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء او بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم وبالمجهول
فالكفالة للمجهول بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك في مالي اصنع
ما شئت فانه يجوز ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس بمراد ههنا فانه لا يثبت الوكالة في حق شراء الطعام
والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز وقوله والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة يعني
الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك تبعا فكذلك ههنا الا ترى ان شركة العنان
تصح وان تضمنت وذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله لان
المعتبر هو المعنى دون اللفظ توضيحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل
كفالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله ليتحقق التساوي في كونهما ضامنين وقوله ولا تجوز اي المفاوضة بين
الحر والمملوك ظاهر واعترض على قوله ولهما انه لا تساوي في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي
مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها وكذلك الكتابي يؤاجر
نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الشافعي والحنفي مع وجود التفاوت كما قال
ابو يوسف واجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من جعل
الموقوذة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة واما مواجرة نفسه للذبح فان
المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت في ذلك يعني لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل
ذلك العمل على ان يقيمه بنفسه او بنائبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته
واما مسئلة الحنفي والشافعي جميعا فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عامدا
ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فيتحقق المساواة
بينهما في المال والتصرف وقوله ولا بين الصبي يعني وان اذن لهما ابوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة

وهما

وهما من اهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله اذ هو اي العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما فقد يكون
عاما في انواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة
ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم وينعقد على الوكالة العامة الشركة
ليتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا
وعلى الكفالة على معنى ان يطالب كل واحد من شريكي المفاوضة بما باشره الآخر واليه اشار بقوله ليتحقق
المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله لان مقتضى العقد تعليل
المستثنى منه وهو قوله يكون على الشركة وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وللبائع اي ولبائع
الطعام والكسوة وقوله مما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستئجار اما صورة الشراء والبيع فظاهر
واما صورة الاستئجار فهي ان لا يستأجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللموجر
ان ياخذ بالاجرة ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة
وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه او استأجر ابلا الى مكة يحج عليها فللمكاري ان ياخذ ايهما شاء الا ان
شريكه اذا ادى كان له ما ادى يرجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع
عليه بنصيبه من المؤدى واما في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذي استأجره لانه هو الملتزم
بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه وقوله من القسم الآخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ومن
النفقة فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين جراحة خطا لها ارش مقدر واستحلفه حلف ثم
اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة
او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح
عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على احدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع
اما اذا كانت المراة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فما لزم عليها من بدل الخلع
لا يلزم شريكها وكذلك لو اقرت ببدل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا تبين صورة غيره
وقوله ولو تكفل احدهما ظاهر وقوله صدر يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو
اقر بالكفالة السابقة في حال الصحة فيعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها بلا في حال
بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة وقوله نظرا الى البقاء يتضمن المفاوضة يعني وجه ضمانهما
الى البقاء وذلك المطالبة يتوجه بعد الكفالة لا بعد حكمها فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم على
الآخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا ثمة في الابتداء بانه هل يلزمه او لا فاعتبرنا
جهة التبرع فيه ولم يعتبر ههنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك ههنا لصحة الابتداء لكونه الضامن من
اهل الضمان دون الصبي وقوله لم يصح ممن ذكره يريد الصبي والمجنون الى آخره واما الاقراض فعن ابي
حنيفة رحمه الله يعني ان فيه روايتين قال في المبسوط ان اقراض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لانه تبرع وقوله ولو سلم فهو اعارة اي
ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل
جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان لما يأخذ
المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية وقوله حتى لا يصح فيه الاجل
اي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والعارية جائز ولكن لا يلزم المضي على ذلك التاجيل وقوله فلو كانت الكفالة
بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ

في شروح الجامع الصغير من عدم الفرق بين ما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب الجامع الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ يكون معاوضة انتهاء وان لم يكن فهو تبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلخيص المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة بان محمدا مع ابي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول ابي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان التجارة لانه يتبدل به مال يحتمل الشركة فانه يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولذلك يصح اقرار الماذون انتهاء وقوله وان ورث احدهما مالا بالنون اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله فان المساواة ليست بشرط فيه اي في العنان ابتداء وكل ما لم يشترط فيه ابتداء لم يشترط فيه دواما لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف رحمه الله تامل عالم بالتحقيق يدرك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تنفي بموت احد العاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو ان يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء ونظم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء فاما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء

فصل

لما كان البحث عما تنعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حدة وقال ولا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيدنا بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول بها كما صنع ابي حنيفة رحمه الله في المزارعة ثم قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل وقوله بخلاف المضاربة يعني ان المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير لان الفساد ياتي في جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح ربح مال غير مضمون فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يصح الا فيما ورد الشرع به وهو الدراهم والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فيصح وقوله ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الرجلين اذا اعقدا الشركة في العروض ثم باع احدهما راس ماله باضعاف قيمته وباع الاخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في بيع احدهما فحينئذ ياخذ الذي باع راس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح ما لم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما راس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة لا

اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما مضمونة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله تفاضل الثمنان اي تفضل احدهما على الاخر كما ذكرنا واما تفاضلهما فلا يحال وقوله لان اول التصرف في العروض وفي دليل الاخر وقد قررناه في البداية على وجه يخرج الى ربح ما لم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا اشترط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن فاما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته فاذا اشترط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد وقيد باعتبار انما يظهر ثمرة الاختلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب اما عندهما فلوجود النسيئة في الجنس الواحد واما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز وتحقيق البحث في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وقوله والاول يعني كون ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وانما كان كذلك لان هذه المسألة مبنية على تلك المسألة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض لا يصلح راس مال الشركة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة

قال ولا يجوز فيما سوى ذلك كلامه واضح والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوري وقوله في راس المال فيهما اي في الشركة والمضاربة وقوله وهذا لما عرف اشارة الى ان التبر لا يتعين بالتعيين انهما اي الذهب والفضة وقوله الا ان الاول معنى رواية الجامع الصغير واضح وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية وقوله لانهما اي لان مثاقيل الذهب والفضة وقوله الا ان يجري التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها كذا قيل والاولى ان يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق وقوله ولا خلاف فيه اي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بيننا وان خلطا ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في الكتاب وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما شرطا فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه اي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله وهو ظاهر وشرط جواز الشركة ان لا يكون راس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين يعني الخلط وعدمه فلشبهها بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط يثبت شركة بها بعد الاملاك فيتاكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها ليست بثمن بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق ومحمد يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل راس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فترتفع الجهالة ومن جنسين من ذوات القيم فان من اتلفه ضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم يصح الشركة بحكم الخلط فقد بيناه في كتاب القضاء الى قضاء الجامع الصغير واما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على ان

قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء هذا الكتاب لقال سنبينه
والذي بيناه هناك في كتاب الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق
المالك الى الضمان قال واذا ارادا الشركة . لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير
والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال
واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة لانه اذا باع
كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان
الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا قال المصنف وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح
راس مال الشركة . واستشكله الشارحون بانه لو كان المراد بالشركة اذا لم يبع احدهما نصف عرضه بنصف عرض
الآخر اما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة شركة ملك حتى يصح
قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه
انها شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون راس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده
وانا اذكر لك ما ذكره شيخي العلامة عبد العزيز رحمه الله في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مقعد في هذا
المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن كما بينا والثاني جهالة راس
المال فاذا باع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة فالقدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام
وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من اصحاب الشافعي لان راس المال صار معلوما وصار
مال كل منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح ما لمضمون عليهما فيجوز ولهذا
لو باع احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقد شركة عنان او مفاوضة تجوز بجواز الجهالة لصيرورة
العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد تجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس
قول ابي يوسف لا تجوز الا ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا
يكون العقد على الدراهم واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو اقرب
الى الفقه لبقاء جهالة راس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لانهما من
اصل الاثمان ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان
الدراهم محلا لهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك راس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض
تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز عليه ايراد العقد كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز
وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لا ما ذكره القدوري انه شركة عقد ولا اعتبار
بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري وينبغي للمتوضي
ان ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظاير كثيرة وقوله ببيع
صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر راس مالهما
قال واما شركة العنان هذا عطف على قوله في اول كتاب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان
ماخوذ من عن اذا عرض يجيء به لانه شيء عرض في هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه ماخوذ
من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك ههنا شارك في
بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله كما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود
عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا
في المال ويتفاضلا في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي
في راس المال جاز عند علمائنا الثلثة ويكون على ما شرطا وان عمل احدهما دون الآخر واما اذا اشترطا العمل على

احدهما دون الآخر فان شرطا الربح بينهما على قدر راس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند
العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل اكثر من راس ماله جاز ايضا على الشرط ويكون مال
الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع اكثر من راس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل
بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر راس مالهما ابدا وقوله وهو قول زفر والشافعي ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا العاقدان والوضيعة على قدر المال رواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وقوله
من غير فصل يعني بين التفاضل والتساوي وقوله كما في المضاربة اعترض عليه بانه اذا الحق هذا العقد بالمضاربة صار في المعنى
كانه قال اعمل في مالك والربح لك واعمل في مالي والربح بيننا وفي المضاربة اذا اشترط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم
هذه الشركة وان شرط عملهما واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها من وجه وما اشبه الشيء
من وجه لا يلزم ان ياخذ حكمه من كل وجه وقوله بخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال اذا اشترط جميع الربح
لاحدهما لا يجوز فكذا اذا اشترطا الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان شرط جميع الربح يخرج
العقد من الشركة والمضاربة الى قرض او بضاعة لانه اذا اشترط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا
لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما
يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو
جائز مع ذلك قال ويجوز ان يعقدها كل واحد الى آخره . يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض
لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اي في هذا العقد اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة بناء الاسم
بخلاف لفظ المفاوضة وقوله للوجه الذي ذكرناه يعني ما ذكره في اول الفصل انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وقوله ويجوز ان يشتركا
ظاهر وقوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني ما اذا لم يعرف انه ادى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة
الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه وقوله فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقيد
الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانهما فيهما يبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة
والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعا واما الوكالة المفردة كمن وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها
لا تبطل واما المضاربة فقد قال فخر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلك قبل العمل
بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انها تتعين فيها بالقبض فليعرف المسئلة رواية وقوله لانه ما رضي بشركته
في ماله الا ليشركه في ماله فاذا لم يسلم ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله لشريكه في ماله
كما يشركه هو في ماله هذا وقوله وانما هلك هلك من مال صاحبه ظاهر وقوله ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا
للحسن بن زياد فايدته تظهر في جواز بيع الكل فعند محمد ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض
بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته
لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانا
شركتهما في المتاع شركة املاك وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله معناه اذا ادى من مال نفسه الى آخره وقوله اما
اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر واضح وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته وقوله وانه بالخلط اي الشركة
في الاصل على ما قبل الاشتراك وقوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال لان
المحل اي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين راس المال وما اعتبر التعيين الا لكون الشركة
في الثمرة مستندة الى المال بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عوضا
له على عمله وقوله وهذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع المال وقوله حتى يعتبر اتحاد الجنس يعني بناء على اصلهما ذلك
فانه اذا كان راس مال لاحدهما دراهم وللآخر دنانير لا تنعقد الشركة بينهما ويجوز عندنا خلافا لزفر والشافعي وكذلك ان كان راس
مال احدهما بيضا وللآخر سودا ولا يجوز شركة التقبل اي على قول زفر والشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح

مستنده الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل اما انها مستنده الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال ولا
بد من تحقق معنى الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه هو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غيره مبنيا عليه وذلك
حد الاصل وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما
يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصالة وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز ان يضاف الحكم الى علة
العلة كما جاز ان يضاف الى علة العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم
يختلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد
هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل ان يشتريا به شيئا لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك بمنزلة لكون الاصل
وهو العقد قد وجد والمال لموجود فلا يبالي بعد ذلك ببقائه اجيب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفروع والفرع
قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التميز كما
في العروض واجيب بان علة فساد العروض ليست التميز بل هي ما ذكرنا من الافضاء الى ربح ما لم يضمن وقوله وصار كالمضاربة
يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال وهو لم يختلطا كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هناك
خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط الخلط والتساوي
في الربح ويصح شركة التقبل وقوله ولا يجوز الشركة واضح وقوله ونظيره في المزارعة يعني انه اذا اشترط احدهما قفزانا مسماة
كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة ان يكون الخارج بينهما شائعا قال ولكل واحد من المفاوضين
هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة او عنانا ان يفعل وان لا يفعل يجوز له ان يبضع لانه معتاد في عقد الشركة ولانه
جاز العمل به ولان له ان يستاجر على العمل لتحصيل الربح بلا خلاف وكل من جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يبضع لان الاستئجار
تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستئجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا
وان يدفع مضاربة لانها دون الشركة الا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب
شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لانها دون الشركة فيتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
انه ليس له ذلك لانه اي عقد المضاربة نوع شركة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد
الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل
لان الشركة يعني في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كالتوكيل
باجر العمل فانه يجوز قولا واحدا وهذا اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب
المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستاجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا
يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له ان يكاتب عبده والعبد الماذون له جاز له ان ياذن لعبده
فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما الحق في الكتب واشباهه وهذا من اسباب الكتب المطلقة لما لا زمن
المستعات وان يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا اعلى حالا من الحكم الثابت في ضمن غيره حالة الوكيل
الذي كانت وكالته مقصودة ليس له ان يوكل غيره والذي ثبتت وكالته في ضمن الشركة كيف جاز له ان يوكل غيره واجيب بذلك الجواب بعينه
وهو توكيل كل من يثبت قصدا او تبعا به وجه القياس في هذه المسألة وجوابها وجه الاستحسان وقوله لا على وجه البدل احتراز
عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لاجل ان يدفع الثمن وقوله والوثيقة احتراز عن الرهن فان المرهون
مقبوض لاجل الوثيقة قال واما شركة الصنائع فلانه ظاهر وقوله لا يفيد مقصودهما اي مقصود الشريكين اذ هي
ملازمة وهو تأبيد الشريكين بعقد الشركة وقوله ولا يشترط فيه اي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله
فلان اتفقت الاعمال كالقصارين اشتركا او صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما
عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يحصل ما هو مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما
ذكرناه ان المقصود منها التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان واختلافهما اما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل

صحيح

صحيح من غير مباشرة ذلك العمل وهو من لا يحسن ذلك لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له ان يقيم باعوانه واجرائه وكل
واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا واما الثاني فلان احد الشريكين لو عمل في دكان والاخر في دكان اخر
لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على اصل زفر والشافعي في مسئلة الخلط ان شركة
التقبل لا تصح فكيف يصح قول زفر مع مالك وجوازها اذا كانت الاعمال متفقة اجيب بان لزفر رحمه الله في هذه المسئلة
اعني الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المالين وذكر هنا حكم الرواية التي لا يشترط
ولكن اطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فترا اى ظاهره متناقضا وقوله ولو شرطا العمل نصفين اي اذا اشترطا
في شركة التقبل ولم تكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان لا يصح لان الضمان بقدر
ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لما ديته اليه اي الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه في
ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشتري بينهما على السواء واما اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ
في الربح في شركة الوجوه ايضا وقوله ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان ما ياخذه كل من الشريكين ما ياخذه ربحا لان الربح انما
يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استاجر دارا بعشرة دراهم ثم اجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف
الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان راس المال العمل والربح مال فكان ما ياخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر
معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يحرم لانه لم يؤد الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان
جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله وربح ما لم يضمن يتقدر لو
جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة واعتبار فيها الوجود بمقابلة العمل في جانب
المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجود
فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز وقوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ظاهر وقوله ويبرا الا
بالدفع اليه اي يبرأ دافع الاجر الى كل واحد من الشريكين قيل ويجوز ان يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع
اليه اي الى صاحب الثوب مثلا لو اخذ احد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الاخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان وقوله
وهذا اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان اي جعل
معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها
حتى تثبت وان لم يذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره ووجه الاستحسان
ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الاخر ولهذا اي ولكون العمل مضمونا
يستحق الاجر الاخر بسبب نفاذ تقبله اي تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان
كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل وانما قيد جريانه مجرى المفاوضة بهذين السببين لان فيما عدا
ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن اشنان وصابون او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق في حق
صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب المفاوضة قال واما شركة الوجوه
فالرجلان يشتركان شركة الوجوه وهي ان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما اي بوجاهتهما وامانتهما عند الناس
ويبيعا عندنا على هذا اي كونهما يشتريان بوجوههما سميت شركة الوجوه لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح
مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال اي الثمن والمثمن فيكون المشترى على كل
واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين ولا يكون التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه كما تقدم واذا اطلقت كانت عنانا
لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي اي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين
ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع المال فما دام لم يوجد المال لم ينعقد الشركة وقلنا ان الشركة والربح مستند الى العقد
الى اخره وقوله ولا يجوز ان يتفاضلا فيه اي في الربح فان شرطا لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما وقوله
وقوله وهذا اشارة الى الحكم المذكور وهو اشتراط الربح وقوله بالتوكيل اتفاقي فانه يجوز ان يلحق به فان الصفة لا تعني

بما سواها فان قيل ما لا يجوز لا يستحق الزيادة لزيادة واهتدائه ومشابهة ذكائه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالحيل
اجيب بان اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا وقوله الا
ترى توضيح لقوله ولا يستحق بما سواها وقوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه عود الى المبحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة
النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل وقوله على ما بينا قيل هو اشارة الى ما ذكر في شركة التقبل بقوله لان
الضمان بعد العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال المنفق الى آخره
وتقريره لا مدار استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم
يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجوه مقابلته بالمال والعمل والوجوه اي شركة الوجوه
ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل
على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فلى
هذا قيل فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة
فكان عليه يجوز ربح ما لم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن والجواب ان العنان بالعروض
لو كان مؤديا الى ربح ما لم يضمن فقط لاغتفرناه لكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي
اغتفاره حتى يلحق به وهذا الجواب يرجع الى تخصيص العلة فما ان يلتزم مساغه او يصار الى تخليصه المعلوم في الاصول **فصل**
في الشركة الفاسدة [illegible] على احد وكلامه واضح وقوله لان امر الموكل به غير صحيح لان
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
لانه يعلم في المال فكانت جهالة على شرف الزوال فانه بعرضية ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف
المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع والاجهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة
الزيادة ووجه قول محمد انه لا يمكن تقديره اي تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول لجهالة مقاصته جنسا وقدرا
حيث لا يدري اي نوع من الحطب يحتطبان وبأي قدر يجمعان ولا يدري بان ايضا هل يحدان ما عليه عقد الشركة ولا يجدان فاذا عقداء
كان كذلك لا يمكن ان يقال لا يعتبر رضى بنصف المسمى من الحطب او غيره لان رضى بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الاترى اند
انه لو عاد عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فهنا اولى لانهما اصابا وقوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية
في الاصل يعني السقا لانه يروي الماء اي يحمله بركة حتى استعمل في المزادة وهي المزادة هنا قال ابو عبيد المزادة لا تكون الا من جلدين يقام
بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد وقوله لان الربح فيه تابع للمال فيتعلق ويعقد وفيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر
وكل فرع تابع وكونه تابعا انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد
موجودا وهنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والربح عبارة
عن الزيادة يقال اخرجت ربعا اي غلة لا نما زيادة وقوله على ما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب احكام المرتدين في قوله
وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم لحاقه الى قوله ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام الى آخره
وقوله لانه لك الموت عزل له حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به

الاثر

الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل
بالموت واعترض بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة اشار المصنف رحمه الله تعالى
الى ذلك ايضا بقوله ولا بد منها اي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله لانه اي الفسخ
عزل قصدي فيتوقف على العلم **فصل** لما كانت احكام هذا الفصل ابعد عن مسائل الشركة من قبل انها
ليست من مسائل التجارات اخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى الشرح سوى ما نذكره قوله اما اذا اذنا معا ضمن
كل واحد منهما نصيب صاحبه يعني عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقوله لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعني ذا نقص مال
على يد الوكيل الا لدفع الضرر اي نقصا الواجب في ذمته وقوله لانه عزل حكمي اعترض عليه بانه يشكل بالوكيل بقضاء الدين فان
هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل فان علم باداء الموكل فهو ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيئا فقد فرق هناك بين
العلم وعدمه مع انه حصل العزل الحكمي هناك ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مامور بان يجعل المؤدى
مضمونا على القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا عزله الحكمي
حكما توضيح الفرق ان هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بعد علمه باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض
من القابض وتضمينه ان كان هالكا وهنا لو لم يوجب الضمان ادى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة
من الفقير ولا بتضمينه ولا الضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه ايضا بان زكوة كل واحد تسقط عنه بعد
ادائه فيترتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يكن سقوط الزكوة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن
الاداء والجواب عنه بانه امره باداء الزكوة عنه بطل استقرار الزكوة فكان اداؤه على الفقير الوجه المأذون فكان مخالفا
لما امره فلذلك يضمن وقوله واما دم الاحصار جواب كالمامور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان المامور بذبح دم
الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما ان دم الاحصار ليس بواجب
البتة لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار لم يبطل بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل
بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعرى فعل المأمور عن المقصود بخلاف اداء الزكوة فانه واجب فكان اسقاط الواجب امرا
مقصودا وقد حصل هذا المقصود باداء الامر نفسه فعرى فعل المأمور عن المقصود فيضمن وقوله واذا اذن احد المتفاوضين
صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه
بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله وهذا بيان لقوله انه ادى دينا عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل
حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولابي حنيفة رحمه الله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات
وادى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وادى المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع عليه صاحبه بشيء
كما لو اشتراها قبل الاذن وادى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله جريا على مقتضى
الشركة اي شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام والكسوة تحتها وشراء الجارية ليس بمستثنى
فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها الا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشترى
لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطئها اجيب بانه كان يحل وطئها كما يحل
اذا وهب نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فاشبه حال عدم
الاذن فانه كان مما يتوهم ان يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطئها وبعد الاذن يحل فازال ذلك
بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك والاوجه الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن ان يقال
قبل الوطء بناء على انه اشترى جميعها لنفسه لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكر آنفا من قوله جريا على مقتضى
الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك مجازت الهبة
في الشائع لان الجارية مما لا يقسم بخلاف الكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك
له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة

وفيه بحث من وجهين احدهما ان من قال اعتق عبدك عني ولم يذكر المال ففعل لا يصح هبة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والعتق يقع
عن المامور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني ان الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكما للاذن
بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال لغيره احللت لك وطء هذه الجارية لا يصير ملكا لها حكما للهبة للاحلال
والجواب عن الاول ان ذلك انما لا يصح هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على التركة
وهو وكيل في قبضه لنفسه وعن الثاني ان المصنف اشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا
وقوله وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف
بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل المال وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا ووقفتها انا يتعدى
ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا واوقفها لغة ردية وعرفه شمس الائمة السرخسي بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير
وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير منقول وركنه الالفاظ الخاصة كارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على
المساكين وحكمه خروج الوقف اي الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح واما عرفه
به ابو حنيفة رحمه الله يقتضي ان لا يصح الوقف لانه قال كالعارية او التصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله وهو راجع
الى قوله فلا يجوز الوقف اصلا هو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط واما
ابو حنيفة رحمه الله فكان لا يجيز ذلك ثم قال ومراده انه لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده كالعارية تصرف
المنفعة الى جهة الوقف ويبقى العين على ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزمه الا بقضاء القاضي
بلزومه لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول اوصيت بغلة داري يجعله يلزم وعندهما هو حبس العين
على حكم ملك الله فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث وقوله
واللفظ اي لفظ الوقف ينتظمهما اي يتناول ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وهو حبس العين على ملك الواقف وما قالاه وهو
حبس العين على حكم ملك الله انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدا ببيان دليلهما وهو قوله عليه
السلام لعمر رضي الله عنه وذلك ما روي عن نافع ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له ارض يدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال
عمر يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس افاتصدق به فقال تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق
من ثمره فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على
من وليه ان ياكل بالمعروف او يؤكل صديقا له غير متمول منه وهذه الارض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى
الله عليه وسلم خيبر بين اصحابه وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وقوله اذ لا نظير له في الشرع وهو جواب
لبيان نفي استبعاد ان يخرج من ملك الواقف ولا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن
ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في الوقف ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه
السلام لا حبس عن فرائض الله اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان عليه
اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامي ويقولون الشرع ابطل ذلك كله ولكنا نقول النكرة في موضع النفي
تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه الدليل وقوله خاصة بخبر بيع الحبيس يدل على ان لزوم الوقف
كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك وقوله كالسائبة السائبة هي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا
قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه ان الوقف بمنزلة سائبة اهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج
من ان تكون مملوكة له منتفعا بها فانه لو سيب دابة لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه او داره وقوله بخلاف الاعتاق
جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة الملك الثابت في العبد من غير
تمليك لاحد وقوله وبخلاف الاعتاق جواب عما يقال لو كان ازالة المسجد جواب عن قياسهم الوقف على المسجد وقوله قال في
الكتاب يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه
الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه وقوله والصحيح انه لا يزول

ملكه

ملكه يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي حنيفة رحمه الله فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن
ملكه فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال
اصل الملك ولانه يتصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها كذلك الا ان يبقى اصل الموقوف على ملكه الا انه تصدق بمنافعه
مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى اي الذي ولاه الخليفة على القضاء واما
المحكم وهو الذي فوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء من
الفتاوى واما حكم الحاكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح انه ينفذ لكن لا يفتى به وقوله قال الطحاوي هو بمنزلة
الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب ابي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم
قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن ابي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو صحيح
على اصله وقال المصنف الصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رحمه الله لان المباشر في المرض كالمباشر في الصحة حتى لا يلزم
ولا يمنع الارث كالعارية وعندهما يلزم الا انه معتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وقوله وقد يكون
تبعا لغيره فياخذ حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله وان كان لا يثبت التمليك من الله تعالى
قصدا فياخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله فينزل منزلة الزكوة والصدقة
يعني ينزل التمليك من الله في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تمليك المال من الله تعالى في الزكوة حيث يتحقق
التمليك منه في ضمن التسليم الى الفقير **قال** واذا صح الوقف على اختلافهم • اي اذا صح الوقف على ما اختلف
فيه المشايخ من انه يصح عندهما ولا يصح عند ابي حنيفة على ما هو الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف
يعني على قول ابي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له اخراجه عن ملكه كسائر
املاكه ولما انتقل الى من بعده ممن شرطه الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله يجب ان يكون قولهما على الوجه
الذي سبق تقريره اعترض عليه بانه ذكر قبل هذا انه لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم ثم ذكر الدليل الذي يقتضي
عدم جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته الى
كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول ان ما ذكره
في الكتاب هنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا انما هو في اللزوم والصحة لا تستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف
عن الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة الا اذا حكم الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف
قول الكل بناء على ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف لا محالة وعن الثاني بان
خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه الا ترى ان القربان يصير بالاراقة لله تعالى ثم ان
صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب فجاز ان يكون امر الواقف كذلك
بخلاف العبد فانه يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره واما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام وفيه
سواء العاكف فيه والباد فعلمنا ان الله لم يترك التخصيص للذي جعله مسجدا وانما الحقه بالمسجد الحرام
وقوله لان القسمة من تمام القبض بيانه ان القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة وقوله ووقف
المشاع جائز عند ابي يوسف لا خلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل
القبض شرط ام لا فعند ابي يوسف ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه واما فيما لا يقسم فمحمد اجازه
ايضا وتعبيره بالهبة والصدقة المنفذة اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة
الموقوفة وهي ما نحن فيه وقوله الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف فانه لا يتم
مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة في المشاع
الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص
على ما سيجيء واما بعدها فلان فرض المسألة فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فبقي ان يكون بطريق المهاياة ولا

ثم هذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول ابي حنيفة ... الملك عن ملك الواقف واما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم م

ملكه م عند ابي حنيفة رحمه الله لان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك ليس من الخروج م

ثم تقدير المسند والفاعل الجعل المسجد ...

بينهما في غاية الفتح إلى آخر ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا
يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا مثل أن يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيثما
وجدوا أمثلا وقال أبو يوسف رحمه الله إذا سمى جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار
بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك إلى ما كل ما كان زوال الملك بدون مسألة
التمليك فإنه يتأبد كالعتق فهو الوقف يتأبد وإن كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه
ولهذا كان التوقيت مبطلا له لأنه ينافي موجبه كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف تناقض على قول أبي حنيفة
لأنه ذكر في أول كتاب الوقف أن الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف
ثم قال ههنا موجبه زوال الملك وأجيب بأن هذا قول محمد ورواية عن أبي حنيفة والمذكور في أول الكتاب هو قول
أبي حنيفة في رواية أخرى فيكون عنه في المسألة روايتان وقيل أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج
الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا أوثق وأقول هذا البحث مناسب لما تقدم من قول المصنف يجب أن يكون قولهما على
الوجه الذي سبق تقريره ولأبي يوسف أن المقصود من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه فيما إذا جعل على جهة
تنقطع وأخرى إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حيا وإلى ملك ورثته
إن كان ميتا ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف لأنه قال وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم
وذلك يدل على أن التأبيد شرط والجواب أن المروي عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأبيد أبدا والثاني
أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره بالشارع المصنف أشار إلى القول الأول بالتعليل وإلى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله
وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع إلى آخره وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله وعلى هذا الإسكان إلى ما ذكره القدوري
من قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول على الإطلاق مقصودا أو تبعا كراعا أو غيره تبعا ملواقه أو لا قول أبي حنيفة رحمه الله
والأكرة جمع أكار وهو الزارع كالعجاجع أكر تقديرا وقوله والبناء في الوقف أي في وقف الأرض التي عليها ذلك البناء
كوقف الحانات والرباطات وقوله لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول يعني من غير أن يجعل تبعا لشيء كما في المعارف مثل
الفأس والقدوم والمراجل عنده أي عند محمد فلأن يجوز الوقف أي وقف المنقول تبعا أولى والمراد بالكراع ههنا هو الخيل
بمناسبة ذكر السلاح وقوله لما بينا من قبل يعني ما مر أن من شرطه التأبيد والتأبيد لا يتحقق في المنقول والمراجل
قدور النحاس وقوله إلحاقا لها بالمصاحف يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذلك الكتب ذكر في فتاوى قاضي خان اختلف المشايخ
في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه أصله احترازا عن الدراهم
والدنانير فإن الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لأجله وهو الثمنية لا يمكن بها مع بقاء أصله في ملكه وقوله
ويجوز بيعه احترازا عن حمل الناقة والجارية فإنه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا ولنا أن الوقف في المنقول لا يتأبد
وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز وقفه لأن التأبيد لا بد منه على ما بيناه فصار المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله
بخلاف العقار جواب عن اعتباره بالعقار وقوله ولا تعارض من حيث السمع جواب عن قوله فأشبه الكراع والسلاح
ووجهه أن الأصل لا يجوز وقف الكراع والسلاح أيضا كالدراهم إلا أنا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع وقوله
ولا من حيث التعامل جواب عما يقال تركنا الأصل في الكراع والسلاح أيضا بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود
في المر والقدوم وغيرهما ولكن صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه أن لها معارضا من حيث التعامل وليس
بموجود في صورة النزاع كالعبيد والإماء والثياب والبسط وأمثالها لما بقي على أصل القياس وقوله وهذا استطرادا
على أن إلحاق غير الكراع والعقار والسلاح بهما غير جائز لأن غيرهما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل لعدم الأ
على تقدير كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه أي إذا لزم الوقف لم
يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته فقوله إلا أن يكون
مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع إلا أ

اما امتناع

أما امتناع التمليك فلما بينا يعني ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب وما ذكر من
المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلى آخره وقوله وأما جواز القسمة ظاهر وقوله هو الذي يقاسم أي الواقف هو الذي
يقاسم شريكه لا القاضي وقوله خالص صفة عقار أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه
فوقف منه خمسين ذراعا وجب أن يكون المقاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا
وهو لا يجوز فإن مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف
مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا وهو لا يجوز فيرفع أمره إلى القاضي
ليقاسمه أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم
بأن كان أحد النصيبين أجود فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فإن إدخال الدراهم
في القسمة لا يجوز إلا بضرورة أو بالتراضي على ما يجيء في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى فلا يخلو إما أن يكون الواقف
يأخذ الدراهم أو يعطيها فإن كان الأول لم يجز لأنه يعطيه بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز
وإن كان الثاني جاز لأنه حينئذ يشتري شيئا بمقابلة الدراهم ونفقة وهو جائز وقوله لأن الخراج بالضمان هذا
لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولإحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة
ومعناه ههنا أن غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة أيضا عليهم ثم إن كان الوقف على الفقراء لا تظفر
بهم لا يقوم المتولي بهم لعدم تعيينهم وعسر تفرقهم وأقرب أموالهم إلى المتولي هذه الغلة فتجب فيها وقوله ولو كان
الوقف على رجل بعينه ظاهر وقوله ولا يؤخذ من الغلة يعني جبرا لأنه قال فهو في ماله أي ما شاء وهذه الغلة
أيضا من ماله فلو لم يتقيد بذلك تناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف على الفقراء يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند
البعض أي لا يصرف غلة الوقف إلى زيادة عمارة لم يكن ابتداء الوقف بل يصرف إلى الفقراء وعند آخرين
يجوز ذلك والأول وهو أن يكون البناء الثاني مثل الأول لا زائدا عليه أصح لما ذكره في الكتاب وموضح
وقوله وإن وقف دارا على سكنى ولده ظاهر وقوله والأول أولى يريد به إجارة الحاكم وعمارتها بأجرتها
ثم ردها إلى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة واستغنيه ذلك بقوله لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى
أصلا وقوله فخير الردد بأنه أن الامتناع لا يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون لنقصان ماله
في الحال ولرجائه إصلاح القاضي وعمارته ثم رده إليه وقوله ولا تصح إجارة من له السكنى إضافة المصدر إلى
فاعله وهذا لأن الإجارة تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستأجر
فإن له أن يؤجر الدار وليس بمالك لها وأجيب بأنه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام
المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيحت له المنفعة ولهذا لم يقم العين مقام المنفعة
في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته
قال صاحب النهاية رحمه الله قوله وآلته يحتمل أن يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف بأن بلي
خشبه وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على الموصولة وهو المنقول عن الثقات لأنه لا يقال انهدمت الآلة والنقض
بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير وقوله ولا يجوز على قياس قول محمد بناء أن التسليم إلى المتولي عنده
شرط ولم يوجد قال الصدر الشهيد الفتوى على قول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وقوله فقد قيل يجوز بالاتفاق هو
رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان وهذا ظاهر على أصل أبي يوسف فإنه لو شرط بعض الغلة أو كلها
لنفسه في حال حياته جاز فلأمهات أولاده أولى وأما الإشكال على قول محمد فإنه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشتراطه
لأمهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولأنه لا بد من تصحيح هذا الشرط من
الآن حتى يعتق بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه لسائر الأجانب فيجوز ذلك في حق ما بعد الوفاة وقد قيل هو على
أيضا وهو الصحيح لأن اشتراطه لهن في حياته أي اشتراط صرف غلة الوقف لأمهات أولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا

للمدبر على امهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند ابي يوسف فكذا
يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة صرف الغلة الى امهات اولاده ومدبريه ووجه قول محمد ان الوقف شرع على وجه
التمليك بالطريق الذي قدمناه اي بطريق التقرب الى الله باشتراطه الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار
كالصدقة المنفذة فانه لا يجوز اي يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه له وشرط بعض بقعة
المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه ان جعل بعض المسجد لنفسه كان مانعا عن الجواز
في الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه وقوله ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته ذكر الحديث
شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله على ما بينا
اشارة الى ما ذكر عنده قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا ينقطع ابدا بقوله لهما ان موجب الوقف
زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابي حنيفة رحمه الله ان المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك
الى الله تعالى على وجه التقرب ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك جاز عند ابي يوسف كما هو مذهبه في اصل
الوقف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التابيد
في اصل الوقف فتم الوقف بشرطه وبقي الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به او شرط ان يصلي
فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والخيار
عند ابي يوسف بناء على توسعه كما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلثة ايام ليكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت
مجهولة لا يجوز الوقف على قول ابي يوسف ايضا قوله وهذا الخلاف بناء على ما ذكرناه اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه
جائز عند ابي يوسف فانه لما جاز ان يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فلذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام ليروي
النظر فيه وعند محمد لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار لنفسه ايضا وهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند
محمد رحمه الله لم ينقلب الوقف جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا موبدا وشرط الخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا
فاسدا في نفس العقد فكان المفسد قويا وقوله واما فصل الولاية فقد نص فيه اي فقد نص في مختصر القدوري في فصل الولاية بالجواز
على قول ابي يوسف بقوله واذا جعل الواقف الى نفسه جاز عند ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال
في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية وهذا انما هو لا يستقيم على قول ابي حنيفة
لان له الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع
التسليم الى المتولي فلهذا اوله بعض المشايخ وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط فاذا سلمه
الى المتولي وقد شرط الولاية لنفسه جاز وصح كان له الولاية بعدما سلمه الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف
ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية
بعد التسليم قال قاضي خان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي شرط لتمام الوقف فلا يبقى له بعد التسليم الا ان يشترط
الولاية لنفسه اما على قول ابي يوسف فالتسليم الى المتولي ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه وقوله
ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته استدلال لابي يوسف ومن عنده هو له وفيه اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر
لا يحتاج الى شرح

فصل

فصل احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة لمخالفة احكامه لما قبله في عدم اشتراط
التسليم عند محمد ومنع الشيوع عند ابي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند ابي حنيفة وان لم يحكم به الحاكم فرق ابو حنيفة بين الوقف
والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع
فيه ولا يبيعه ولا يوقف ولا يورث لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكانه قال حبست العين
على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يلزم ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافه
الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فاذا ازاله الى الله
تعالى لا يكون له ان يرجع كما لو ازال بالاعتاق وكلامه واضح وقوله وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة وهو رواية عن ابي حنيفة

ايضا

ايضا ويشترط مع ذلك ان تكون الصلوة بجماعة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله فاذا اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلوته على هذا الوصف كالجماعة وقوله وقد
بيناه من قبل اشارة الى ما قال عنده قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بقوله لهما ان موجب الوقف زوال
الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابه وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله كله
ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال الله تعالى وان المساجد لله اضاف المساجد اليه
مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المسجد لله ومع بقاء حق العباد في سفله او في علوه لا يتحقق الخلوص وقوله وعن ابي
يوسف رحمه الله انه جوز في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت وعن محمد رحمه الله انه اجاز ذلك كله اي ما تحته
سرداب او فوقه بيت او متصل او دكاكين وانما ذكر محمد رحمه الله بهذا الطريق ولم يقل وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
مع ان هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتهيأ له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولانه ذكر
زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد رحمه الله وقوله لما قلنا يعني من الضرورة قوله وكذلك اذا اتخذ وسط داره
مسجدا وسط بالتسكين لانه اسم مبهم لداخل صحن الدار لا لشيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح وقوله اي الطريق
لنفسه فلا يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وقوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه على بناء
المفعول يبقى مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله الى ان قال وعند محمد يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه
المسئلة مبنية على ما بيناه فان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء
وان ترك الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا ومحمد رحمه الله يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة
ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا رحمه الله مر على مزبلة
فقال هذا مسجد ابي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف رحمه الله
باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال بعوده ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد
مذهب صاحبه بما اشار اليه استدل ابو يوسف بانه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة
شرفها الله تعالى فانه في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج في موضع الكعبة به من ان يكون
موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في سائر المساجد ومحمد رحمه الله يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروف
الى الله تعالى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغنى عنه
الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد اخر وقوله ومن بنى سقاية او خانا ظاهر وقوله بخلاف
المسجد يعني ان حكم الحاكم والاضافة الى ما بعد الموت ليسا بشرط في المسجد وقوله وذلك بما ذكرناه اي التسليم يحصل
بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله في هذه الوجوه اي في السقاية
والخان والرباط والمقبرة وقوله ويكتفى بالواحد ظاهر وقوله سكنى الحاج بيت الله تعالى الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر
بمعنى السمار وقوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش اذا قام في الثغر
بازاء العدو مرابطة ورباطا والله اعلم بالصواب

تم الجزء الرابع [illegible] من العناية شرح الهداية
ويليه كتاب البيوع • وصلى الله
على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه
• وسلم تسليما كثيرا •
• كثيرا •

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بين الصدور بابن عبد
وقفي عبد

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع قيد هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ويقال باعه الشيء وباعه منه ولاشتماله على الانواع الاتي ذكرها جمعه وجوازه ثابت بالكتاب وهو قوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره احد من الملين وغيرهم وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيهما يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول او ما دل على ذلك وشرطه من جهة العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا ولا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض في البيع فانه ممنوع مع كونه ملكا له لان ذلك التصرف ليس بشرعي مطلقا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيار بطريق الضمن وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وستاتي تفسيرها **قال** البيع ينعقد بالايجاب والقبول والانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالاخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للاخر خيار القبول فاذا قبل سمي كلامه قبولا ووجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتاخر قبولا وشرطه ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر **قال** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون الايجاب في الحال واما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو اما ان يكون بالسين او سوف لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات

الاصلية

الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية فلا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لا ان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية وقوله بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الاخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح **قال** وقوله رضيت او اعطيتك هذا بيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذ يعني بذلك نحو لانه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود قيد بذلك لان بعض العقود يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه ولهذا اي ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي رحمه الله البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم ان محمدا رحمه الله اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي لتحققه **قال** واذا اوجب اذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالاخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الاخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير يحصل في ذلك فان حق التملك يثبت للمشتري بايجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الغير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه وقوله وانما يمتد الى اخر المجلس يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع المتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فان قيل فلم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك فالجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس **قال** والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلامه اليه **قال** وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الرديء في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الرديء به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما لقبل المشتري العقد

العقد في الجيد وترك الردي فزال الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل البائع في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضي البائع في المجلس هل يصح اولا اجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئنافا ايجابا لا قبولا ورضى البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون حصة كل بعض معلومة واما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانهما صفقتان معنى والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء وباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا واتحاد الجميع سوى البائع كان قالا بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعت منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك اذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا واما تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا واستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة ويوجبه على قول صاحبيه ق ل وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب

هذا متصل بقوله ان شاء قبل المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي رحمه الله فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب قبل قول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولى مجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والتفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل للارادة لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلاميهما لان الباقي بعد كلاميهما شرعا لا حقيقة كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابراهيم النخعي وقوله والتفرق يفرق الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فما وجه ترجيح مجازه على مجازهم واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الاية وقال تعالى لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال عليه السلام ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهو ايضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد لا على مذهب ابي حنيفة

رضي

رضي الله عنهم فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو منقطع نفيا وهذا معنى قول مالك ليس لهذا الحديث حد معروف او يقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ويترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من ان حمله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة وهذا التاويل اعني حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن ق ل والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها

الاعواض المشار اليها ثمنا كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف النافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا تفضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سياتي وهذا انما يستقيم اذا لم يكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس لبيانه ق ل والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة المقدار والصفة

الاثمان المطلقة عن الاشارة لا تصح بها العقد الا ان تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى النزاع فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع ق ل ويجوز البيع بثمن حال

قال الكرخي المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لا يتعين وهذا على مذهبه فان الدراهم يتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقي اصحابنا في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وتثبت في الذمة الى اجل بدلا من عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها واثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة وان قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة واثمان لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الاخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت اي المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعا ولا تصح الا سلما بشروطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع واقول الاعيان ثلثة نقود كالدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه ق ل والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز

لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه لكن لا بد ان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها ق ل ومن اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد

ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدهما واعلم اني اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب حلا له فاني ما وجدت من الشارحين من تصدى لذلك على ما ينبغي فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون المالية

اولا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج
وان كان لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى
الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا
عرف هذا فقوله فان كانت النقود مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في المالية
من المغربي اذا فرض استواؤهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الا ان ترتفع
الجهالة ببيان احدهما في المجلس وقوله او يكون احدها اغلب والاروج في تصرف البيع اليه تحريا للجواز اشارة الى
القسم الاول والى القسم الثالث لان كون احدها اروج اعم من ان يكون مع الاختلاف في المالية او مع الاستواء
والبيع جائز فيهما وقوله وهذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم
الثاني اعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصرتي
اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري ببخارا والاختلاف بين العدالي بفرغانة وههنا وما وراء النهر يسمون الدرهم
عدليا وكل هذا مختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله فان كانت سواء فيها اي في المالية يعني مع الاستواء
في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا اي المتأخرون من
المشايخ وينصرف اسم الدرهم الى ما قدر به من الفضة كعشرة ونحوها من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين لانه
لا منازعة لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالية وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ فانه فصل بين قوله اذا كانت
مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه
وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي الى قوله جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائي الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء
لان ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن يمكن ان يكون في الرواج سواء
هذا ما تيسر لي في حل هذا الموضع والله اعلم قال ـــــ ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد
بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وامثالهما
كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل
فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا عند خلاف جنسه كقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم لا يقال لا دلالة في الحديث على عدم جواز البيع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة
لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع
شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ـــــ
ويجوز باناء بعينه اذا باع الطعام والحبوب باناء بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره جاز لان الجهالة
المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متعجل فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر
قبل التسليم فيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد لا بعينه على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام ياخذ ايهم شاء ويرد
الباقين او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة
المفضية الى النزاع مفسد للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد ان يكون للجهالة فيجوز ان يكون
البيع باطلا لمعنى اخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروي عن ابي
يوسف ان الجواز فيما اذا كان الكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه
فانه لا يجوز بخلاف السلم حيث لا يجوز باناء مجهول القدر وان كان معينا وكذلك الحجر لان التسليم فيه متأخر
والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم
لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه
ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الفرض عدم المجازفة والكيال

اذا لم

اذا لم يكن معلوما لم يتعين شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة والاظهر
يعني من حيث الرواية قال ـــــ ومن باع صبرة طعاما اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم
فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس اولا فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها
من القفزان وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة وجملة القفزان كالاول عندهما لابي حنيفة رحمه الله ان
صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البائع تطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير
معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد
الامرين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان
فاسدا بحكم اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب العقد وهي تمنع من الانقلاب
ويتقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور [illegible]
الرابع وبامتداد الاجل ولهما ان هذه جهالة ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما ان ازالتها بايديهما
فلانها ترتفع بجعل كل منهما وقيد بقوله بيديهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها اما بيد البائع ان كان
هو الذي رقم او بيد الغير ان كان الذي رقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالتها واما ان كل ما هو كذلك فهو
غير مانع فلما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار واجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا
جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان
بالنص لا يتعدى الى غيره فلهذا لم يجوز ابو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند
ابي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكن جاء من
قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم واما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل
منزلة من باع ما لم يره فلا خيار له وفيه بحث اما اولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك
فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف ثم اشترى احدهما الكل بخمس مائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك
ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار واما ثانيا فان قياس قول ابي حنيفة رحمه الله
ان لا يتخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشترى قنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه
ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب للتفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري
يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع
على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء
ما باعه باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط
لان المدبر لا يقبل النقل فلا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم
لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان
قولهما ان الكل مبيع فمن اين التفريق والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة
للكثرة وقصدهما ايضا الكثرة وما ثمة مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز وانصرف الى
الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة فصرف العقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من البيع وقصد العاقدان وليس تفريق
الصفقة الا ذلك بقي ان يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه
قوله وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك
الان فربما كان في حدسه او ظنه ان الصبرة يأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن
اخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع او نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان اخر وهل يوافق او لا
فصار كما اذا راه ولم يكن راه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا باع قطيع غنم

كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت
بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم
اذا لم يبين جملة الذرعات وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع بعشرة دراهم
كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع
بدرهم صحيح اما الاولى فقط واما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان
الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت
كالخشب والاواني واما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا قال ـــــ ومن ابتاع صبرة اذا اشترى
صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخلو اما ان يجدها عند الكيل مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول
فذاك وان كان الثاني خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع
بانتفاء الرضا وان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا
يتناول الا اياه اذا كان وصفا والقدر اي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه
الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من المتعاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها او تركها واذا كان المشتري
مذروعا كان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ
الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذراع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء
من الثمن فالذراع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف وقد بينه بقوله الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض
وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية
فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ
الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني الكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن ولهذا يأخذ بحصته وقوله
الا انه يتخير استثناء من قوله يأخذ بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذراع الذي سماه كان الزائد للمشتري
ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع ولا يقابله شيء فصار كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم ان هذه
المسئلة من اشكل مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا يرى انه
عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل او عريض يقال شيء قليل او كثير وعشرة اقفزة
اكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في
الاصل والوصف واختلفوا عبارة في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف
وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان
غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو
وصف وهو قريب من الثاني والمكيل لا يتعيب بالتشقيص والمذروع يتعيب وعشرة اقفزة اذا انتقص منها قفيز
فالتسعة تشترى بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها
عشرة اقفزة واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى
معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة
وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن اصل ومن حيث الذرع
وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذراع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا واعتقه
او مات ثم اطلع على نقصان اصبع رجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصبع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف
المذكور اجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا

قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشرع
بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني الثياب
او المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض
فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن او ترك
لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان
الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع الثمن
لم يكن المشتري اخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تاتي للشرط كما عرف
في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا
لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الاحاد على الاحاد واجيب بان
الذراع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء
من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلناه عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من
كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله
شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنيا
ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف انما يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة اخذ المشتري الجميع كل
ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان
في معنى خيار الرؤية ودفع الضرر فتخير واما لزوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذ بالاقل لم يكن
اخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها
اكثر او اقل كما لو كان العقد واردا على اثواب عشرة وقد وجدت احد عشر او تسعة على ما ياتي واما الثاني فهو
ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة
فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب
عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست
كذلك وعن الثاني بان الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا في الجواز
والقفيز الزائد ليس كذلك قال ـــــ ومن اشترى عشرة اذرع شراء عشرة اذرع من مائة
ذراع من دار او حماما على ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فاسد عند ابي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كا
الدار مائة ذراع وشراء عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم
من مائة سهم في كونهما عشرا فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع حقيقة في الالة
التي يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل لا يكون الا معينا مشخصا لانه
محل حسي يقتضي حالا حسيا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز
وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي
الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة
فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير
ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما
اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان
جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان
واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز وجعل هذه المسئلة نظير ما اذا باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه

معلوما فانه يجوز عنده ق ـــــ ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فعدل الشيء بكسر العين مثله
من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر
فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة واذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا
او وسطا او رديا وحينئذ لا يدري قيمته بيقين حتى يسقط فكان جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا شك في
فساده ولو بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ
الموجود بحصته من الثمن وان شاء تركه لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا
من قال ان البيع فاسد عند ابي حنيفة في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول
البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز
البيع عنده في القن خلافا لهما كذلك هنا واستدل على ذلك بما ذكر محمد في الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان
كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والاخر مروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز في الهروي ووجه الاستدلال ان الغاية في مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين
مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا
فلا يفسد الباقي وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي
وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا توجد ههنا
فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا اضاف اليه العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما اضاف عقده على الموجود
فقط ولكنه غلط في العدد ومروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان ق ـــــ
ولو اشترى ثوبا واحدا اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال
ابو حنيفة رضي الله عنه اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف اذا زاد اخذه
باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد اخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف
ان شاء لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجري عليه من التجزية
وفي بعض النسخ تجري عليه اي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف
رحمه الله انه لما افراد البدل صار كل ذراع كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من
الثمن ولكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة رحمه الله قد بينا ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من
الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما فعاد
موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والنقص كزيادة صفة الجودة
فتسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلثة في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية واما في الكرباس
الذي لا تتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره
بالقطع وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها ق ـــــ
مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا
والثانية ان كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان
يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء
الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لا يقال لا نسلم تناوله البناء في
العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي
اذا لم تكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول

بعد الانهدام

بعد الانهدام ولان البناء متصل بها اي بالارض على تاويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها
من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسمها لاتصالها فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في
بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل
في بيع الام والجواب انه غير وارد على التقسيم المذكور فان البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام ق ـــــ
ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع الا ان يقول المبتاع اشتريته بثمرته لقوله عليه السلام من اشترى
ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل
لان المقصود ارض فيها نخل عليه ثمر فقال صلى الله عليه وسلم الثمر للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان
الاتصال وان كان خلقة فيه اشارة الى الاعتبار للثاني الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا
ويقال للبائع سلم المبيع فان قلنا بوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال
الشافعي رحمه الله يترك حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع
وقاسه على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم القطع
الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه
وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فان قلنا
ق ـــــ هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقديره التسليم واجب في صورة انقضاء مدة
الاجارة ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض لا يقال فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سياتي ولا فرق بين ما
اذا كان الثمرة بحال له قيمة او لم يكن في كونه للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري ووجه
الصحيح انه بيعه منفردا يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار وقوله
واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمرة لا تدخل في البيع وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت
وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك
فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا
ولو نبت ولم تصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ فكان وضع بعض
الشارحين بتشديد النون وهذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه يعني من جوز بيعه قبل ان يتناوله المشافر
والمناجل لم يجعله تابعا للعين ومن لم يجوزه جعله تابعا مشفر البعير شفته والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع
والجمع مناجل ق ـــــ ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجر
المثمرة اربعة الاول بعت الارض او الشجرة ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها او بمرافقها
والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او مرافقها والرابع بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل
من حقوقها او مرافقها وفي الثاني والثالث لا يدخل الثمر والزرع لان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه
كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان
وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا اذا كان في الارض وعلى الشجر واما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو
بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به ق ـــــ ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر
لا يخلو اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بلا صلاحها لصلاحها للانتفاع بني ادم
او علف الدواب او لم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر
وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده رحمهما الله ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح
ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية اما الاول فلما اشار اليه محمد في باب العشر لو باع الثمار

في اول ما يطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن الشراء جائزا في اول ما يطلع لما وجب العشر
على المشترى واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت
بالاتفاق والجواب عن الحديث ان تأويله اذا باعه بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعهما سلما بدليل قوله صلى الله عليه
وسلم ارأيت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها
او بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشترى قطعها في الحال تفريغا لملك البائع ق ـــــ
وهذا اشارة الى الجواز اى الجواز اذا اشتريها مطلقا او بشرط القطع اما اذا قال اشتريته على ان اتركه على النخل فقد فسد
البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها
على النخل شغل ملك الغير وادخل في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون بأجر
او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه تأمل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة
الاشجار او اجارتها وليس كذلك نعم فهو يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها او اجارتها جائز فلم
صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه عظمها واما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد
البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في الارض
او الشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد
ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه
تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة
وهو حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة من النئ الى النضج
لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر
يلونها والكواكب تعطيها الطعم ولو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستيجار النخيل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة
لذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشترى ان يشترى الثمار
مع اصولها على ما سنذكره واذا بطلت الاجارة بقى الاذن معتبرا فطيب له الفضل فان قيل لا نسلم بقاء الاذن
فانه ثبت في ضمن الاجارة وبطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن اجيب بانه
الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل
ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر
الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة وقت ادراك الزرع
فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا
لشيء ويفسد ذلك الشيء لفساد المتضمن واذا ثبت الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى
الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها واثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل
تخلية البائع بين المشترى والثمار فسد البيع لانه لا يمكن التسليم لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد
البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشترى فيشتركان فيه للاختلاط والقول
في مقدار الزايد قول المشترى لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة
الحلواني يفتي بجوازه ويزعم انه مروى عن اصحابنا ويحكى عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري انه
كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا وهذا شرط ان يكون الخارج اكثر قوله
وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص

اى الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشترى الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي
انما يجوز بجعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول ـــــ
ق ـــــ ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك
رحمه الله ولم يبين ان مراده الثمر على رؤس النخيل او ثمر مجذوذ وذكر في بعض فوايد هذا الكتاب ان مراده ما كان على
النخيل واما بيع المجذوذ فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا منها
يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز البيع وهذا
يدل ان الحكم فيهما سواء واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا
يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كرمى نخلة
قال المصنف قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع
وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب
من الثمر احسن ما يكون والمشترى يدفع اليه ما هو اردى الثمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر
المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين تقييد
المص هنا قوله ارطالا معلومة وقع بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخلو اما ان بقى
شيء بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين يقتضى صحة العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون
المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الغرض ذلك
لجواز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون ح استثناء الكل من الكل فيبطل
الاستثناء ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار المآل واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا
فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست مفضية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي
ان يجوز يريد به على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا وانما قال ينبغي ان يجوز
لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه
وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه وفي بيع الحمل فانه لا يجوز فيه وحمله لا يرد عليه
العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضى ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد
العقد يقتضى كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده
جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا قفيزا
لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة
درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد
فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي
المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله
بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم
كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى قيل
بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراد
اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن
وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه يصح في تسعة اعشاره ولو
قال على ان لي عشره لم يصح قيل للقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناؤها جائز
لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما

لم يَشِرْ منه جهالة الى المشترى منه الا بحسب الوزن فيكون البيع فى الباقى مجازفة وهى لا يحتاج الى معرفة مقدار
المبيع قال ــــــ ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها بيع الشئ فى غلافه لا يجوز الا الحبوب كالحنطة
والباقلا والارز والسمسم وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز بيع الباقلا الاخضر والجوز واللوز والفستق فى قشره
الاول وكذا بيع الحنطة فى قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد فى مثله لا يصح
كما اذا بيع تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روى ابن عمر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل
حتى تزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال
بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهى يقتضى المشروعية كما عرف قوله ولانه حب منتفع به كالشعير جواب
عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقديره لا نم انه لا منفعة فيه بل هو اى المبيع بقشره حب منتفع به ومن اكل العولية
شهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر فى قشرها قال الله تعالى فذروه فى سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز كبيع الشعير
بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربوا حتى اذا بيع بخلاف
جنسه جاز وفى مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا الجهالة قدر ما فى سنبله فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا
وبين ما اذا باع حب قطن فى قطن بعينه او نوى تمر فى تمر بعينه وهما سيان فى كون المبيع مغلفا اجيب
بان الغالب فى السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهى فى سنبلها ولا يقال هذا حب وهو فى القطن وانما يقال
هذا قطن وكذلك فى التمر اليه اشار ابو يوسف قال ــــــ ومن باع دارا دخل الاغلاق
جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل فى البيع اغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان
موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل فى بيع الغلق بلا تسمية
لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل فى الداخل فى الشئ داخل فى ذلك الشئ فان قيل عدم الانتفاع بدون
شئ لا يستلزم دخوله فى بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل فى المبيع الدار فالجواب ان
الداخل فى الداخل فى الشئ داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن
الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشترى اخذ الشفعة بسبب ملك الدار
وهو انتفاع بها لا محالة والثانى مسلم ولهذا دخل الطريق فى الاجارة ولكن ليس الكلام فى ذلك والقفل
لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل قال ــــــ
واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة والموزون موازنة والمعدود عدا واحتاج الى اجرة الكيال
والوزان والعداد فهى على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به
فهو واجب واما اجرة ناقد الثمن ففى رواية ابن رستم عن محمد هى على البائع وهو المذكور فى المختصر وفى رواية
ابن سماعة عنه على المشترى وجه الاول ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم
والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشترى هو
المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتى الصدر الشهيد ووجه
وزان الثمن على المشترى لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ــــــ
ومن باع سلعة بيع السلعة مجملا اما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشترى ادفع الثمن اولا
لان حق المشترى متعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا
للمساواة فى تعين حق كل واحد منهما وفى المالية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع
غائبا عن حضرتهما فللمشترى ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثانى يقال لهما
سلما معا لاستوائهما فى التعيين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع والله اعلم بحقيقة الاحوال ــــــ
باب ــــــ خيار الشرط ــ خيار الشرط جائز لان البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم

واللازم

واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار لانه يمنع ابتداء الحكم كخيار الرؤية لانه يمنع
تمام الحكم او خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم ولما كان عمله فى منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل فى
البيع لكونه فى معنى القمار ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله فى منع الحكم تقليلا لعمله
بقدر الامكان لان دخوله فى السبب يستلزم الدخول فى الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق
كما اذا قال اشتريت على انى بالخيار او على انى بالخيار اياما او على انى بالخيار ابدا وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على انى
بالخيار ثلثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على انى بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابى حنيفة
رحمه الله وزفر والشافعى جائز عند ابى يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقدين او لكليهما جميعا او شرط احدهما
الخيار لغيره وجه قول ابى حنيفة فى الخلافية ما روى ان حبان بن منقذ كان يغبن فى البياعات لمامومة اصابته
راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلثة ايام والخلابة الخداع
ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا
جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور فى النص هو
المشترى فكما عديتم فى مرتبة الخيار فلتعد فى مدته فالجواب ان فى النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة
ولان البائع فى معنى المشترى فى المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرور يتمكن
بزيادة المدة فيزداد الغرور وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار الى شهرين
ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به
كالتاجيل فى الثمن فانه جاز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال
ابن عمر رضى الله عنه سلمنا انهما سواء لكن المذكور فى حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد
خيار الرؤية والعيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نم ان كثير المدة كالقليل فى الحاجة فان صاحب الخلابة
كان مصابا فى الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى بها فدل ان المقدر لنفى الزيادة سلمناه لكن
فى الكثير معنى الغرور زائد وقد تقدم والقياس على التاجيل فى الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء
وهى انما يكون بالكسب وهو لا يحصل فى كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون
استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار فى الثلث
جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لزفر فانه مثل
وزفر يقول ان هذا عقد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع
الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر وكمن تزوج امراة وتحته
اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابى حنيفة رضى الله عنه انه اسقط المفسد قبل ان
مشايخنا اختلفوا فى حكم هذا العقد فى الابتداء على قول ابى حنيفة فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم
ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسى انه موقوف
فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد قوله انه اسقط المفسد قبل تقرره اى قبل مضى ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى
وتقريره ان العقد فاسد فى الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فاذا سقط الخيار قبل
دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير
مقتضى العقد فى اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا وصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب
بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره من الثوب ولا يعلم المشترى ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل
المشترى من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشترى قدر الرقم فى المجلس وقبله انقلب جائزا
بالاتفاق قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار فيه مفسد

وَاَمَّا المُفْسِدُ اتِّصَالُ اليومِ الرابع بالايام الثلثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه
زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يكن دفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن ق ـــــ
ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما على وجوه اما ان يقال ـــــ
على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن ايا ما فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن ثلثة ايام
فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلثة وهو قول زفر والقياس ان لا يجوز لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة
لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح من الاقالة في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسده
لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار
من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان
ملحقا به ورد بان الالحاق فرع كونه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل
واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزايد على ذلك
فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة يندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ
العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه واجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله الا بحضرة الاخر وعسى يتعذر ذلك فكان الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه
لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد اما ابو حنيفة فقد مر على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذلك
محمد مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني
دون الاول ووجه ذلك ما قال المص وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين احدهما
ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر رضي
الله عنه انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه ترك القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر وعملنا
بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل
اي في ثلثة ايام باثر ابن عمر وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن
الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزايد على ثلثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله في
هذه المسئلة قياس اخر تقدم معناه ق ـــــ وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن
ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه
بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البائع والثمن
لا يخرج عن ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن من ملك البائع والمشتري بالاتفاق واذا
خرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري او البائع فيه خلاف قال
ابو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان
تمام هذا السبب اي العلة بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقة الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار لان البيع يصير
علة اسما ومعنى لا حكما فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري
التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا
خلافا لابن ابي ليلى وهو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك
والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا
يلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون
بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان الاصلي
الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار

لنفسه

لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار واما اذا هلك بعدها فيلزم الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام
الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما ذكر الصحيح
مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو
ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر واما
ان البدل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج ما له
من ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة لا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي
المساواة ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في
ملك واحد واجيب بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل
عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الاخر يكون زايلا لا الى مالك يعني سايبة ولا عهد لنا به في الشرع
ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري
واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول ابي
حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع
قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض قوله فان هلك في يده اي ان هلك المبيع في يد المشتري
فيما اذا كان له الخيار هلك بالثمن وكذا اذا دخل عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم انفا ومراده عيب لا يرتفع
كان قطعت يده اما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا
مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان
الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصحيح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب في يد المشتري
والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم
فيلزم الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لا له
فيهلك والبيع موقوف فتلزم القيمة ق ـــــ ومن اشترى امرأته هذه
مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل في
ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه
لم يملكها وان وطئها له ان يردها لان الوطي لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها
لان الوطي ينقصها وهذا يشير الى ان قوله وان وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطي واما اذا
نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها
وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظاير في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق
المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت
عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ العتق بعد
الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار فكذا هذا فان قيل
لو كان كالمنشئ وجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة واجيب بانه جعل
كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في
الاستحقاق وفيه نعمل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في
مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع
لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب
على البائع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا

واستحسانًا واجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسًا
ويجب فيه قياسًا واستحسانًا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا يصير ام ولد عنده قال صاحب النهاية
لا بد من احد تأويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري ويكون المشترى
الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدًا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار
عنده خلافًا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة طرفًا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرفًا للولادة وتقدير كلامه اذا ولدت
المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى احد
التأويلين لانا لو اجريناه على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة
الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار المشترط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعدما تعيبت الجارية في يد
المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عنده فهلك في يد البائع في مدة
الخيار او بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض
كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد
المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدًا مأذونًا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لما لم
يملكه كان الرد امتناعًا منه عن التملك وللمأذون له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد
منه تمليكًا بغير عوض والمأذون ليس من اهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما
وجه ابراء البائع عن الثمن قبل ان يملكه واجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوزه استحسانًا لحصوله
بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرًا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما
وعنده بطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبائع واسلم يبطل البيع
بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري واسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان
اجاز المشتري صار له وان ردت صارت الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكمًا قال ومن شرط له
الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعًا
واذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلثة اشياء بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره
فيكون العقد به نافذًا وبان تمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري
الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد
يكون حكمًا والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باع
او كانت جارية فوطئها او قبلها او يكون الثمن عينًا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان الخيار
للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكمًا وان كان يبطل
قصدًا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الآخر
بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول
الشافعي لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف
فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر واوضح ذلك بعدم اشتراط الرضا
وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبًا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ
تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع
السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررًا واما اذا
كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريًا وقد يكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر
لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير على غفلته لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام

الفارق وهو الالزام ولا الزام لانه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لا ان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك
من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في
البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه
لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر مرضي به من حيث
تركه الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في
بعض الصور لا يكون نقضًا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو منسوخ
لان ذلك من الاسقاطات وما هو ليس كذلك فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها
يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى يكون الرجعة الزامًا جديدًا سلمناه لكن ليس فيه
الزام ضرر لان النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررًا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام
حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه او لانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو راى ضررًا ما اقدم عليه
او لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب
نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اجازة المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه
الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المراة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة
او لكونه بايجاب الشرع مقصودًا دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو لزوم
او الاجازة وهو غير مرضي به من الجانب الآخر فلا يلزمه الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان
الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله ركن الكتابة الاصطلاحية لانه باب البلاغة لكن المراد به ما استتر به
المراد قال ——— واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البائع او المشتري في
غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات من له الخيار
انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد
الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض
لا يقبل الانتقال والارث فيما لا يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له
من المنقول فيكون معمولًا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد
حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته كما مر والخيار ليس كذلك والمالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان
فلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع
من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنًا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه
بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه
والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو
الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك
اجيب بانه يثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث مقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث
ما ثبت للمورث يعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار ثم
لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو
سلم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد فكذا في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني
عين النزاع قوله بخيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نرى انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليمًا فكذا الوارث
فكان ذلك نقلًا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت
لان ذلك الجزء من المال المستحق للمشتري بالعقد فاذا طلب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد

هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال رجل يثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذاك الخيار الا يرى ان المورث كان له ان يفسخ كما كان في خياره وفي الوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار حذفه كذا لا له قوله فايهما اجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار لغيره لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه واجبا من واجباته بمقتضى الشرط المشروع شرعا وان كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعوا الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف في المبيع او بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرط لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضي ادنى منزلة من المقتضى الا يرى ان من قال لعبده ان حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرفه التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت له الخيار اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه لذلك واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث الملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلف فيهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلفت الرواية في رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية مادون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة وطلقها الوكيل والموكل معا فان لو اوقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب بان الترجيح محتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع والمفسوخ لا تلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا اقال من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان له الخيار والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكره فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف رحمهما الله قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث الملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لان الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لا من جهة تملك العاقد عارضه وفي ذلك قوله واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع

الوكيل

الوكيل من احد والموكل من غيره معا محمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه استخراج تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسألة انه لم يرجح تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد هنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فترجح تصرف العاقد من محمد كترجح تصرف الموكل منه وترجح تصرف المالك من ابي يوسف واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى احوال المتصرفين لتساويهما فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا قال ومن باع عبدين بالف الخ هذه المسألة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسدة فجهالتهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فبيعه مثله وان كان الثاني وهو ان بيع منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الاخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع وكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع في ان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الاخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا في العقد ولا في الحكم ولقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تامل منك فاحتط وان كان الثالث بان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الاخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما اذا اشترط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الاخر انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء اذ لا يحتاج اليه عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احد هذين الثوبين على ان اخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلثة فساده في الاربعة لان المبيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوت في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ووجه الاستحسان انه في معنى ما ورد به الشرع وهو خيار الشرط لحاق الحاقا به وما ورد الشرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن للخيار ما هو الاوفق والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق بخبرته او اختيار من يشتريه لاجله كامراته وبنته والبايع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا نسلم ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع وكان عليه جوازه مركبه من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة كانما عدم المنازعة

اي اما جهالة الثمن فلانه لو ثبت حكم العقد في الذي لا خيار فيه ثبت بحصته من الثمن وهو غير معلوم نهاية

اي كان بمنزلة من جمع بين قن وحر وباعهما وانه لا يجوز وان فصل الثمن نهاية

فلذلك كان قبول العقد فيه شرطا مفسدا للعقد في القن نهاية

فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد
والوسط والردي فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته وذكر
ان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت
عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة
فما دونها عند ابي حنيفة رحمه الله وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد
وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا اشتراطا وهو اختيار فخر الاسلام رحمه الله وجه الاول ان جوازه
بطريق الالحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه لان عدم الفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق ووجه الاخر
ان خيار التعيين بما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط
وهذا الامر في غير معين من غير توقيت على الايام الثلاثة واما اذا كانت من غير ذكر خيار الشرط وهذا لا بد منه وهذا لا
الحال لا يخلو اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابي
حنيفة وبمدة معلومة اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة
عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله ان لم ينقد
الثمن الى الاربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس
خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة حتى اذا هلك
الاخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لان المعيب يمتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعين
مبيعا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل قبض الاخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشرا
وهنا يجب القيمة عند الهلاك اجيب دلالة كان بانه اقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشرا مقبوض على جهة البيع
وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الاخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك وكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة
فيما اذا طلق الرجل احدى امراتيه او اعتق احد عبديه فمات احدهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك
في العتاق اجيب بان المراة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك
والثوب اذا اشرف خرج عن محلية الرد لتعينه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما
لعدم اولية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط في الايام الثلاثة لانه امين
في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الاخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار
الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه
وان في الاخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي
للوارث خيار التعيين لاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل فعل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كانه اشار الى
ان خيار التعيين فقد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا فالواو اليه اشار محمد في
المأذون لان هذا البيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز
لان هذا البيع مع خيار المشتري انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرته من يقع السؤال
وهذا المعنى لا يتاتى في جانب البائع لانه لا حاجة الى اختيار الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى
القياس ولم يذكره محمد لا في نسخ الاصل ولا في الجامع الصغير وتبين بما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والاخر امانة
والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففي
بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز واثبتها فخر الاسلام فالتوجه المجاز
ان كلا منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال اشترى ثوبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما
اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج اليهما وانما يخرج من احدهما قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجل

اشترى

اشترى دارا بالخيار الشرط فبيع دار اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا يسقط
به الخيار لان اخذه بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر
الجار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك يقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك
من وقت الشراء وكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقدير يحتاج اليه لمذهب
ابي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة واما عندهما فالمبيع
يدخل في ملكه فيجوز له ان ياخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان
لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها قال شمس الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه
مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها
كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة
دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها
اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسياتي
بيانه قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلاثة ايام فرضي احدهما دون الاخر فليس للاخر
ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وكذا اذا اشترياه ورضي احدهما بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم
راياه لهما ان اثبات الخيار لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نسلم
ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا ترى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون
الاخر وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع
كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا مهاياة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق
الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا للراد ايضا لكن لما لم يتمكن من الخبير بل يعجزه عن ايجاد شرط
الراد الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير اقطع وانجع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضي منه
بعيب التبعيض اجيب بانه انما سلم فهو رضي به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله
لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا انما حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود
عليه في يد البائع ليس له ان يرده بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة الاخر على الرد فان امتنع
ظهر عمله قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك
بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما قال ومن باع
عبدا على انه خباز او كاتب رجل اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فان لم يعلم من الخبز والكتابة
ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب
فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية فيقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما
يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير
كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك اما رده فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو
ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف
مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة الثمن او الثمن كان ملائما للعقد الا ترى انه لو كان موجودا
في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا
فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس الوصف بل اشتراط مقدار
من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لكونه وصفا
مرغوبا فيه وذكر الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه

فان له ان يامره بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم حيوته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب الخيار لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف اي الذي يكون من جهة فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى الخلاف في النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف وان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسد لكن يوجب التخيير لفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد يدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول لرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي هذه وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعتك او بعت منك هذه الجارية المتنقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذلك العين الغائبة المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه وهو نص في الباب فلا يترك الا بمعارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري اجماعا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا الا ملكه ثم ملكه وسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه رده ولا نزاع ثمة يقتضي خياره وانما افضت اليه قلنا بابرام العقد ولم نقل به وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه المعين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق في الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك • وكذا اذا قال تفريع على مسألة القدوري يعني كما ان الخيار اذا لم يقل رضيت كذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندهما وهو ثابت بالنص عندهما فما ادى الى ابطال النص فهو باطل • **قوله** وحق الفسخ جواب سؤال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ حكم بانه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرما لجهالة ما فيه الا ترى ان كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا اشتراطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على ما يؤدي الى ابطاله كما مر انفا وفيه نظر لان عدم لزوم العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط اللازم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضا بالشيء جواب اخر وتحقيقه ان الامضاء للرضا والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم تعلم ما يحسنه غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضا استقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء احتياجه الى المبيع او ضياع ثمنه واستغلائه فلا يستلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجارة وقال بعضهم يصح دون الاجارة وهو مختار المصنف **قال** ومن باع ما لم يره من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة اولا يقول له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء تجوز وان شاء رد كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يثبت من الجانبين كما تقدم وهذا الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا اي من جهة البيع وثبوتا من جهة الشرا وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشرا فلا يثبت دونه كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشتراه فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد لرد باعتبار انه ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار الرؤية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرا وجد قبل وجود الشرط بسبب اخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيار فليخرج من البائع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولم ينكره احد وكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة حين بلغه الحديث.

قال ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة اخرى ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا لبطل فائدة الخيار لانتفاء امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يمتحن به ويحل في غير الملك ذكره فعله مرة ثانية اول مرة فات فائدة الخيار ونعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك ذكره فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن ويحل في غير الملك في الجملة ولو استخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطي لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطي في غير الملك وكان اختيارا له قيل اشكل على هذا الكلي مسئلتان احداهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البائع البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في زيادات قاضي خان واجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فكذلك لا يعمل في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه

لانه ليس بدافع ولحوان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يجري في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليس منهما فلا يكون لنا وارد ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك التصرف في العين كما يصادف المحل وتعذر نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الخيار وفيه بحث من وجهين احدهما ان قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه والثاني ان مبطل الخيار اما ان يكون صريح الرضا او دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة ولعل صحتها لا يمكن لا رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح اخر وهنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال واما الثاني فانه فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا تبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على الصريح الرضا اي لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فلا لانه اولى يعني اذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع **قال** ومن نظر الى وجه الصبرة

اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الاحاد او لا فكان اقسام ثلثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما كان النظر في عورتهما واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر فيه حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي التفاوت في احاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفي برؤية واحد منها لان رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى منها فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل معرض بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعرف البقية الا ان يكون في وطيه ما كان مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الادمي يبطل الخيار لانه هو المقصود في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له الا ترى انه يتفاوت القيمة بتفاوت الوضع الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة يبطل الخيار لانهما مقصودان في الذوات فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعاءين فرآها في احدهما فان كان ما في الاخر مثل ما راى او فوقه يبطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا تتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما ان تكون للحم او للقنية اي الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود والله اعلم

قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له دونه صحن الدار وخارجها ودونه اشجار البستان من خارج يسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السرير من الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فاكتفى برؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو

الا في بلد

الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول داخل البيت والاصح ان جواب الكتاب اي كتاب القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في ما لية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر **قال** ونظر الوكيل المشتري قبل صورة الوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري حتى لا يرده الا بعيب علمه او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابي حنيفة وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يرده ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشرا في رواية سقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كما اذا اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل متغيرا ايه عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكما اذا اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل ابي حنيفة مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو مستور

قوله ومعه اشارة الى نوعيه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها باهلها في اللزوم وبحيث لا تلد الا برضا او قضاء وخيار الشرط والرؤية يمنعان عن ذلك واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل ما ملكه بنوعيه ملكه وكيله لذلك على اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل الناقص لا محالة اجاب المصنف بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض فبقي اجنبيا لا يمكن اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قوله دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا وضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن الموكل به وهو القبض حتى لو راى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل ولم لا يجوز ان يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يتمه لان ما يتم الواجب الا به فهو واجب **وقوله** بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يزيد بالا برضا او قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المبيع خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا ذلك لما كانت تامة ومن موجبات ذلك الخيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستبد به فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصح متعلقا علينا لانه على هذا الخلاف ولو سلم فبقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذلك وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان تمام ما ارسل اليه ليس اليه بتبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم **قال** وبيع الاعمى وشراؤه جائز بيع الاعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا

وله الخيار وقال الشافعي ان كان بصيرا فعمي فلذلك الجواب وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير وبان من اصله ان من لا يملك الشرا بنفسه لا يملك الامر به لغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى ولنا انه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لان قوله عليه السلام لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو انما يكون في البصير والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بمسه فخياره يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات اذا كان بحرا او تمرا على نخل او عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض ائمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم او وصف له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي عن ابي يوسف انه اذا كان اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصير الرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى في حق الاخرس والاصلع واطلاق الرؤية يدل على انه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد في الجامع الصغير قال ابو يوسف في الاعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا رآه ومع ذلك توصف له ثم قال قد رضيته لم يكن له ان يرده وقال الفقيه قال بعضهم توقف في مكان لو كان بصيرا رآه ومع ذلك توصف له وهذا اخر الاقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل من الخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الاخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضى ويكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تفريق الصفقة فيكون تفريق الصفقة منهيا عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وهو قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على الخبر واجيب بان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب الخبر ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح وبانه محرم والمحرم راجح على المبيح ولانه متأخر عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان رد ذلك المردود على الحالة الاولى وقيل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيد ثم قبل التمام فيكون متروك الظاهر ومثله مرجوح والجواب قال انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب في البيع والقبض لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد ترويجا له بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد من رد الاخر ايضا لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان من ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا او امة فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في

صورة

صورة الاستحقاق له ولا بد برد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الاخر لدفع ضرر يلزم البائع قال ومن مات وله خيار الرؤية فقد تقدم ان خيار الرؤية لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل في الارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى الاعادة قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه حاصل بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فيثبت العلم بالاوصاف وثبوت الخيار ضمنا فاذا ثبت احد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الاخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فانه له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وهنا لما رأى المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئية لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر فيتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية ٥ السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشرط المفسد ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض الا اذا بعدت المدة على ما قاله المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال اذا رأيت جارية شابة ورأيتها فاشتريتها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدقه وعلى ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فالقول قوله مع اليمين قال ومن اشترى عدل زطي عدل زطي ● العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الزطية ● ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كان لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه وباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منها ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهب ذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسألة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المبيع عن العيب لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء بن خالد بن هوذة عبدا او كتب في عهدته

هذا اما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بن هوذه عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة
بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله المرض في الجوف والكبد والرئة قال
المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرئة وفيما روي عن ابي يوسف انه قال
الداء المرض والغائلة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي
هذا التنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته
يتخير لان الرضا داخل في حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على
الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له فاذا فات اللازم
انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس
له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الفائت وصف اذ العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع
او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة والسن الساقطة
واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والدفر
والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما ان يقابل بالوصف
والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لانه يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث
قوله في مجرد العقد احترازا عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه
لم يرض بزواله دليل آخر على عدم جواز امساكه باخذ النقصان اي قيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم يرض
بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضا البائع
بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر
بالعيب ايضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون تضرره فلا ضرورة في اخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا
فاذا هو سليم البائع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما
شمول الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومما رسه طول زمانه فان نزل عالما
بصفة كونه ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه ما راى المبيع فلو الزمنا العقد
مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع
ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤيته البيع عند احدى الحالين رضا بالعيب •
دلالة قال وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المصنف
رحمه الله ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال كل ما اوجب نقصان الثمن
في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة
والمرجع في معرفته عرف اهله قال والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب
الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك عيب لانه
يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها
فليس باباق وان ابقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان كانت
احدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز ياكل وحده ويشرب وحده فذلك عيب واذا سرق درهما
من مولاه او من غيره فكذلك لاخلالهما بالمقصود لانه لا يامنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله في
الدوام وتقطع يده في سرقة مال الغير فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في الماكولات لان الاكل منها
سرقتها من مولاه ليس بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره
فهو عيب يرده به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك واما اذا اختلف وكان عند البائع في صغره وعند

كما لو ضرب الدابة فاعورت او صارت معيبا او قطع من المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول معراج الدراية

المشتري في كبره فلا يرده به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب
قال والجنون في الصغير عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم
اشتراط اتحاد الحالين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما
او ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يرده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست بشرط
كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على ان آثاره لا ترتفع وذلك بتبين في
كما كيف عينيه لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت
ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير قال والدفر والبخر عيب
في الجارية • الدفر رائحة موذية تجيء من الابط والذفر بالذال حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه
مسك اذفر والابط ذافر وهو مراد الفقهاء من قولهم الدفر عيب في الجارية لاخلاله بما عسى ان يكون مقصودا
وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام وهكذا في الرواية والبخر نتن الفم كل منهما عيب في الجارية لاخلاله
بما عسى ان يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان
يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون من داء والداء يكون نفسه عيبا والزنا وولد الزنا عيب في
الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعير بزنا امه ولا يخلان
في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج في
اتباعهن وهو يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما • الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع
المسلم ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تودي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه
يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارة اليمين والظهار عند بعض فيخل بالرغبة فان اشتراه على انه مسلم
فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرده عندنا لانه زوال العيب وزوال
الشيء لا يكون اباء كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه للبراءة عن الكفر لا
للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرده به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى
بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة
ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر
سنة فيها عند ابي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر من وقت الشراء فيما روي عن ابي يوسف او اربعة اشهر
وعشر فيما روي عن محمد او سنتين فيما روي عن ابي حنيفة وزفر رحمهما الله انها لم تحض لحبل بها واذا كان ذلك
عيبا ترد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة وفي الداء قول الاطباء يقبل فيه
قول عدلين وقال ابو المعين يكتفى بقول عدل واحد منهم وقيدنا بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى
في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على
انضمام الداء اليه لان الانقطاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم
ينقطع ذلك كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض
في اوقات العادة بزوائد والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العدد وهو سبعة عشرة سنة ولم تحض
او حاضت ولم ينقطع كان ذلك الداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الانقطاع والاستمرار بقول الامة
فان انكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل يرد عليه بنكوله سواء
كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة
فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة وشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان
يفسخ بها دفعة قال واذا حدث عند المشتري عيب • اذا احدث عند المشتري عيب بآفة

ثم رأى به او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ثم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او ثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبايع لخروج المبيع عن ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البايع ويجوز ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالمعيب لان مقتضى العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين فقد فقد الا ان يرضى البايع ان ياخذه بعينه الحادث لانه رضي بالضرر والرضا اسقاط لحقه كان للمشتري ان يرضى ان ياخذه بعيبه القديم فان قيل ان قولكم الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر **قال** ومن اشترى ثوبا فقطعه • ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لان البايع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده وكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البايع غره بتدليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب اضرار للبايع لا لفعل باشره وفي عدم الرد وان كان اضرارا للمشتري لكن الخجر لما باشره فكان سواء فاعتبر ما هو انظر لهما الا اذا قال البايع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به وكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابي حنيفة اجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا ينقطع يد السارق بسرقته فيحل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشي لانه جاز ان يقول البايع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضى البايع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا المبيع فلا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شي من ذلك اما الاول فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبايع ان يقول انا اخذه فتعين الرجوع بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تحدث تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة منه فالمتصلة المتولدة كالجمال والسمن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق الفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان وكذلك منافع الحر ما لا وان لم يكن الحر مالا والولد المتولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا والاصل في ذلك ان يكون في كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البايع فان اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البايع فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري من كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبايع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمنع الرجوع بالعيب وهذه

نظير

نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه ليس مما يحتاج اليه الا انه ذكرها لمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الوجود حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت **قال** ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عبدا فاعتقه اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم الامتناع الرد حينئذ وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت ويرجع بالنقصان دفعا للضرر عنه فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع حكمي اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان الامتناع هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع لا بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا ورد بانه حينئذ يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق ان يقال السبب في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما وكانه في يده يحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء للملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت ينتهي بانتهاء به فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الا ترى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكون كالاعتاق وهو منه عنه دونهما فالجواب ان الانهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل ما لم يكن كاينا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشي لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لان الاعتاق انهاء للملك وان كان بعوض لان البدل المال فيه ليس بامر اصلي مال من العوارض ولهذا يثبت الولاية وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي لعبده بدلالة القصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مطل وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن احد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستفيدا فيمنع الرجوع فاذا كان المبيع طعاما فاكله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند ابي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بالفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا الا ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشي واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شي واحد فلا يرد بعضه واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وفي بيع البعض عن محمد روايتان في احديهما لا يرجع بشي كما هو قول ابي حنيفة وهو المذكور ههنا لان الطعام شي واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض وفي الكل لا يرجع بنقصان

العيب فيما يلي اعتبارًا للبعض بالكل **قال** ومن اشترى بيضا او بطيخا • اذا اشترى بيضا او بطيخا او قثا
او جوزا او شيئا من الفواكه فلسره عثر على العيب فوجد الكل فاسدا فان كان منتنا او مرا ادخا وبحيث لا يصلح
لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعدما ذاقه فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه
ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في المال والمذكور ليس كذلك وبعض من الفقود باضدادها فانه اذا كسر
على ما بعينه صار راضيا واذا صلح لبعض الناس او الدواب او وجده قبيل اللب كان من العيوب لا من الفساد واذا تناول
منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا وان لم يكن مما لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان
قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا في
القشر بحصته لمصادفته المحل فيرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشايخنا اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر
في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته للجواز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به
لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا اذا كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة
ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان ماليته بيض النعامة قبل الكسر
باعتبار القشر وما فيه واذا كان مما ينتفع به في الجملة لا يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا
للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي يرده لان الكسر وان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على
الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لان بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك
هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل
التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالثنين في المائة او كثيرا فما فوقه ففي
الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البائع لاجله عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد لانه
في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر
والقن **قال** ومن باع عبدا فباعه المشتري • ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب
فاما ان قبل بقضاء القاضي او بغير قضاء فان كان الاول فاما ان يكون باقرار ومعنى القضاء في هذه الصورة
ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التاويل لانه
اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرده عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له ان يرده على بايعه
لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني
كالمعدوم واما البيع الاول فابى فله الخصومة والرد بالعيب **قوله** غاية الامر اشارة الى جواب زفر
عما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر
المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا
واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله وهذا بخلاف
الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد
على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما
نحن فيه بيعان وبرد احدهما لا يرتد الاخر وان كان الثاني فليس له ان يرده على الاول لانه اقالة وهو بيع جديد
في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا
فرق بين ما كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار
الشرط وخيار الرؤية وصرح بذلك وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع
الزائدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان بتوهم ان العيب اذا كان مما
لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرده على بايعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض

روايات

روايات البيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة لعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع
جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه • والله اعلم
قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا • ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر
على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما
يمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني
ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا بوجه بانه من باب علفتها تبنا وماء
باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال
لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة
البينة حكم من الاحكام وهذا امثل قول من في قوله علفتها تبنا اي بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في النفي كما
استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم
الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية ولقائل ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس
بلازم قوله لانه انكر دفع وجوب دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لان
وجوب دفع الثمن اولا ليس الا للتعيين حق البائع بازاء تعين المبيع وحيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في
التسليم فقد انكر علة وجوب الثمن اولا وفي انكار العلة انكار المعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة
وهي اما بينة او يمين البائع فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان فساد الانكار يقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة
البينة بالحديث فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع الثمن اولا وان كان في
الصورة منكرا قوله لانه لو قضى بالدفع دليل اخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للخبر وهو البيع مع القبض محقق
وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المحقق وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان
كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه عن النقض فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض
القضاء **قال** فان قال المشتري شهودي بالشام • اذا طلب من المشتري اقامة البينة على
ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البائع ودفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري
دفع الثمن ضرر له ايضا اجاب المصنف بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني يتمكن من اقامة البينة
عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد
نفذ مع بطلانه والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والاخر
دونه والجواب عن الاول ان القاضي هنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان
وعن الثاني بانه في دعوى البينة غيبة الشهود منهم لجواز ان يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا
طلب المشتري يمين البائع فنكل لزمه العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في
الحد وفي القصاص اجماعا وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رحمه الله **قال** ومن
اشترى عبدا فادعى اباقا فادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع المشتري
حيث يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك
هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضا والابراء وان
انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان
لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يابق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري لان القول
وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري لان السلامة والعيب
عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة انما تقبل من المدعي والمشتري

قوله او يقيم البينة عطف على يحلف ما بعده فيكون اقامة المشتري البينة دعواه كناية لتعيين عدم الجبر فما تعلق لا بالعدم بل بالعدم لحتى لم يجبر على دفع الثمن الى اقامة البينة على العيب وان كان قلت انه غاية تعين عدم الجبر او يحتمل انه لا تعين البينة فيجب على دفع الثمن ويحتمل ان يتعلق فيبقى عدم الجبر كما كان ويكون هذا قوله ثم لا ينقض لاحد الخصمين حتى يسمع كلام الآخر فان سماع كلام الآخر غاية لتعين عدم القضاء لاحدهما لا لعدم القضاء ومتى يتعين القضاء لاحدهما عند سماع كلام الآخر

في هذه الصورة لئن يمدح بل فيما اذا ادعى العيب في يد البايع والمثاني سلامة الانام اصل والتعل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض وأي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على اخر دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويامر القاضي الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول بان اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على ان العيب كان عند البايع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه وكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين فيشاهد امكن اثباته بالتعرف عن اثاره وان لم يعرف بالاثار امكن التعرف عنه بالرجوع عنه بالرجوع الى الاطبا والقوابل واذا ظهر هذا فاذا اقام المشتري البينة حلف البايع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكره في المبسوط وقيل المراد بالكتاب هنا الجامع الصغير وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري ولذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ولجواز ان يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البايع عدم وجود العيب في الحالين جميعا فنفي وجوده في احدهما يكون بارا لان الكل ينتفي بانتفاء جزء وبه يتضرر المشتري وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين اشارة الى ان تاويل البايع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك بما ذكره لان شمس الايمه ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الا انهم قالوا النظر للمشتري يقتضي استحلافه بهذه الصفة وذكر في الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول لان البايع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا فلقايل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فتناوله وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التاويل صحيحا كان التحليف به جايزا وهو ينافي قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البايع بالله ما يعلم انه ابق عند المشتري هل له ذلك او لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسألة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب عليها بينة ترتب عليها التحليف بالاستقراء ولابي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري هنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم ولا يكون المشتري هنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده وان لم يثبت كما تقدم واما البينة هنا فمشروعة لاثبات كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على ما تقدم قال المصنف رحمه الله ان كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البايع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق

عند البايع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البايع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد لنكوله ويتضرر به **قال** ومن اشترى جارية وتقابضا • ومن اشترى جارية وتقابضا المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البايع تخصيص الثمن على تقدير الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه اعرف بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البايع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احديهما فالقول قول المشتري لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل هنا اولى لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما يثبت مطلق القبض بهما • والله اعلم **قال** ومن اشترى عبدين صفقة واحدة • رجل قال لاخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالاخر عيبا ليس له ان يرد المعيب خاصة بل ياخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري بالبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما يتم بقبضه الصفقة فقبض بعضه لا يتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرنا يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا يتم قبله وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا والله اعلم **قال** ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه • اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قال في الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المصنف يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالاخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم الا بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البايع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لابقائه لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن كزوجي خف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثوبين قد الف احدهما بالاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قال** ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم بعده قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الاخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام **قال** ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعائين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البايع وجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما واما الثاني فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع

لان الحنيه بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل ذوبه بعضها كروية كلها كالثوب الواحد
وفي الشي الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البايع
والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زايد وليس له ذلك فما قيل لو كان كذلك
وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب على انه احدى
الروايتين عن ابو حنيفة ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق لاتحاد الرواية ذلك لانه يضره التبعيض
لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا
في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تمييز المعيب عن غير المعيب
يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب فيه زايد فلم يبق الا رد الكل
او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سؤال تقديره اسقاط الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة
قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد
لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا قلنا
في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد
لا المالك ويجوز ان يكون الاستحقاق لا يوجب خيار الرؤية هذا اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد
الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا ارشدك الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع واسقاط
احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في
رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب
حل بل في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المصنف بقوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس
بحادث في يده بل كان في يد البايع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص
ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبيه لكلام المصنف يجد حكم العيب والاستحقاق تبين قبل القبض في جميع الصور
اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك قبل القبض له
ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتحكم حكمهما بعد القبض لذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبد
ولهذا والواحد استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر وقال في المكيل والموزون رده كله او واحده ومراده بعد القبض ثم قال
ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي **قال** ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه
المشتري جرح الجارية المشتراه وركوب الدابة في حاجته عند رضا بالمعيب لان ذلك قصد دليل قصده
للاستغنا لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكان
دليل قصد الامساك ودليل الشي في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد به لان العيب وله ذلك
بعيب اخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار
والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا
اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له بد او لا لان في الركوب ضبط الدابة وهو احفظ لها من حدوث عيب اخر
واما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن المشي لضعف
او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركب
كان الركوب رضا لان حمله حينئذ ممكن بدون الركوب **قال** ومن اشترى عبدا قد سرق
ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده
فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة وقالا لا يقوم سارقا وغير سارق
فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البايع من القتل العمد او الردة لهما ان الموجود

الا ترى انه لم يذكر حكم العيب في العبدين ثم القبض او فيه
يعلم ان الاختلاف بين العيب والاستحقاق
مخصوص بالمستثنى
دليله

في بد البايع

في بد البايع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه
فيه نافذ فكون المالية ثابتة فينفذ العقد فيه لانه يعتمد ها لكنه متعيب لان مباح اليد والدم لا يشتري
كالسالم لانه اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمعيب المبيع المتعيب عنده بعد تعذر الرد يرجع فيه
بنقصانه وهنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فان الاستيفاء وقع في يد
المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع
بالنقصان كما اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء ولا وقت القبض فماتت في يد المشتري
بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع وسبب الوجوب
يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق
لا يثبت له العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله او لانه مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده
كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا ثم رد على المولى فقتل
منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما
واما على قول ابي حنيفة فالمشتري يرجع على البايع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا قبض من العبد
المشتري ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب
القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه
يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم من هذا الوجه صارت المالية كانها مستحقة واما
اذا ما مات في يد المشتري فيتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري
واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كما لو كان من له القصاص
في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كانت الدية لورثته دون
من له القصاص **قال** ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد
البايع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا انفا وعند ابي حنيفة لا يرده الا برضا
البايع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو اما ان يقبله البايع بذلك او لا
يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البايع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد وان قبل
يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وتلفت بالجنايتين وفي احداهما الرجوع على البايع فينقسم النصف
عليهما نصفين والنصف الاخر يرجع فيه لرده العبد اليه فان قيل اذا احدث عند المشتري عيب ثم اطلع على
عيب كان عند البايع فقبله البايع بذلك رجع المشتري بجميع الثمن فان لم يكن هنا كذلك اجيب بان هذا
على قول ابي حنيفة نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل انما يذكرون ما تقدم ان حكم
العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف هنا بينهما
قلنا نعم لكن ليس كلامنا الان فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشي لا يلزم ان يساويه
في جميع الاحكام فيكفي ان يشبهه في ما نحن فيه والاستحقاق وكون العبد غير متناقض لينتقض القبض من الاصل انما مر
انفا **قال** ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البايع اذا تداولته الايدي
بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير يرجع الباعة وهو جمع البايع كالحاكة جمع حايك بعضهم على بعض
عند ابي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه كما في
العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه ولا كذلك الاول فان البيع
يمنع الرجوع بنقصان العيب لما تقدم قوله وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري
يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول ابي حنيفة

فى الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله فى الصحيح احتراز عما روى عن ابى حنيفة انه لا يرجع لان
حل التقدم من وجه كالاستحقاق وكالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن
ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشترى وقد اندفع
حين علم به واشتراه وقال شمس الايمة وهو يعلم بحل دمه ففى اصح الروايتين عن ابى حنيفة يرجع بالثمن ايضا اذا
قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم
بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجرى مجرى الاستحقاق ونزل منزلة
لا حقيقة لان فى حقيقته يبطل البيع والجواب ان كونها اصح او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا
يرد السؤال ويجوز ان يكون من حيث الدليل **وقوله** فى النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة
العيب او انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم المعيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق
بالدليل المتقدم فاجرى مجراه **قال** ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فالبيع
بشرط البراءة عن كل عيب صحيح سمى العيوب وعددها او لا علمها البايع او لم يعلمه وقف عليه المشترى او لم يقف
او لا موجودا كان عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابى حنيفة وابى يوسف فى رواية وقال
محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابى يوسف وقول زفر والشافعى ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا
صح البيع وفسد الشرط وقال الشافعى لا يصح البراءة عن كل عيب ما لم يقل عن عيب كذا وكان ابن ابى ليلى يقول لا يصح
البراءة عن العيب مع التسمية ما لم يره المشترى وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابى حنيفة فى مجلس ابى جعفر الدوانقى
الدوانيقى فقال له ابو حنيفة ارايت لو باع جارية فى المانى منها عيب اذا كان يجب على البايع ان يرى المشترى ذلك
الموضع منها ارايت لو ان بعض حرم امير المؤمنين باع عبدا ابرا من ذكره برص اكان يلزمه ان يرى المشترى ذلك وما
زال حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به والشافعى يقول اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب فالبيع فاسد وفى قول
اخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان فى الابراء معنى التمليك
ولهذا لو ابراء المديون عن دينه فرد ابراءه لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه
لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء باسقطت عنك دينى ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بلا قبول
والاسقاط لا يفضى الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التوكيلات لفوت التسليم الواجب
بالعقد وهو لا يتصور فى الاسقاط فلا يكون مبطلا له ولهذا اجاز طلاق نسائه واعتاق عبيده ولا يدرى
عددهم **وقوله** وان كان فى ضمنه التمليك اشارة الى الجواب عن قوله برده بالرد وتقريره ان
ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يوثر فى فساد ما قلناه لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالة
لا تفوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذى فيه معنى التمليك والمسقط
مثلا ان لا يحتاج الى التسليم اولى وجه قول محمد ان البراءة يتناول الثابت حالة الابراء لان ما يحدث مجهول
لا يعلم ايحدث ام لا واى مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف يقول الغرض من
الابراء الزام العقد باسقاط حق المشترى عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك
بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع
فاسد بالاجماع والحكم الذى يفسد بتنصيصه كيف يدخل فى مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر فى الذخيرة
انه يصح عند ابى يوسف خلافا لمحمد سلمناه ولكن الفرق بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة فيدخل
يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل فى التصرف تبعا ما لا يدخل قصدا والجواب عن قوله انما يحدث
مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع فى الاسقاط كما تقدم فقوله ويدخل فى هذه البراءة احتراز عما لو قال بعت
هذا العبد على انى برى من كل عيب به فانه لا يبرا عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود والله تعالى اعلم

باب

باب البيع الفاسد

تاخير غير الصحيح عن الصحيح
لعلة غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه وتعدد
اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما اورث خللا
فى ركن البيع فهو مبطل وما اورثه فى غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والاطلاق
عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا ينفصل المسائل المذكورة فى الكتاب فبطل البيع بالميتة
لغة وهو الذى مات حتف انفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه
الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوى وانما قيدنا بقولنا لغة ليخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك
عند هم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف فى التجنيس واذا كان
ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون
قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه فى بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود
حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه اى المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض اهل الكفر وانما
اولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها فى حق المسلمين لا انهم تمولوها كما ان
قيمة الجودة بانفرادها فى المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه خلاف الظاهر
قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع فى يد المشترى فى الباطل
يكون امانة عند بعض المشايخ ابى نصر احمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة نص على ذلك فى السير
الكبير نقله ابو المعين فى شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة
وعند بعض اخر شمس الايمة السرخسى وهو رواية ابن سماعة عن محمد انه يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من
المقبوض على سوم الشراء لوجود صورة العقد ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض
على سوم الشراء هو ان يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن
فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث فى العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد رحمه
الله الاول قول ابى حنيفة والثانى قولهما كما فى بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد
الملك عند اتصال القبض به لى اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات واما اذا قبضه بعد
الافتراق عن المجلس بغير اذن البايع ذكر فى المأذون انه لا يملك فالواذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه
البايع بالقبض كالخمر والخنزير واما اذا كان شيئا يملكه قالوا فذلك قبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض فان قيل
لو افاد ذلك الملك لجاز للمشترى وطى جارية اشتراها فاسدا واخذ الشفعة للشفيع فى الدار المشتراة
بشراء فاسد ويحل اكل طعام كذلك لان الملك يطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب انما لم يحل وطيها واكله ولم يثبت
الشفعة فيما ذكرت لان فى الاشتغال بالوطى والاكل اعراضا عن الرد وفى القضاء بالشفعة تقرير الفساد وذلك
فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا فى مبنى جواز التصرف للمشترى بشراء فاسد فذهب العراقيون
الى انه مبنى على تسليط البايع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسايل المذكورة قالوا لو ملك العين لملكت
الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى
دارا بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البايع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب او الوصى عبد يتيم بيعا فاسدا
وقبضه المشترى ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما وتسليطهما على العتق لا يجوز
فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين واجابوا عن المسايل المذكورة بما ذكرنا قيل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك
عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا فى يد المشترى فيه اى فى المبيع الفاسد وفيه خلاف الشافعى وسنبينه
بعد هذا اى فى اول الفصل الذى يلى هذا الباب **وقوله** وكذا بيع الميتة يعنى كان البيع بهذه الاشياء باطل

فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يكون بالدين
كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع
فاسد يفيد ملك الخمر ويفيد ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال فلذا الخنزير عند
اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معتد ومقابلة فيه لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بتركه
اعزازه لا يكون معززا فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المامور
به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه من اشتراها بالدراهم والدنانير غير مقصوده لكونها وسيله لما انها تجب في
الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله لذلك خلاف المامور به فيسقط التقوم اصلا ليلا يفضي الى خلاف المامور به
وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري يجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة
الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلو يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا يكون
باطلا وفسدت التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا
والثوب ثمنا بدخول البا لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب
الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان **قال** وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب
فاسد اي بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسره بذلك ليلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض
والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الى اخره وتحقيقه ان بين استحقاق العتق
وثبوت الملك منافاة واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فينتفي الاخر لانتفاء
هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تجاوزنه على حقيقته فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد بالاجماع وكذلك
المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لنا في اللوازم فان الملك مع الحرية
لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان
اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى وكذا
الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فلئن قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى ابقاء الاهلية والموت ينافيها
فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتاخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب
يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة
بدون رضا المكاتب فينتفي الاخر واما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه
فان قيل لو بطل بيع هولاء لكان كبيع الحر باطلا ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هولاء باطل بقاء
لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما بين ولهذا اجاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من نفسهم ولو قضى القاضي
بذلك نفذ قضاوه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتدا لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منهم لتعلق حقهم فبقي العبد
بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحرية فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل
على ما يجي **قال** ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز • واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه
روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه لرضاه انفسخ الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر انه
انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم فيه
وان مات ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة
وهذا البناء على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر وروى المعلى عن ابي حنيفة انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا يتقوم
ماليتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان اشبه ضمان
الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن
محلا للبيع انعدمت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر وام الولد متقوم

بجهة

بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر انفا وما هو كذلك فهو
مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشرا فان قيل لو كان الدخول تحت البيع ويملك ما يضم اليه موجبا للضمان
لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض
وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد ويملك المضموم ولابي حنيفة ان جهة البيع انما توجب الضمان
في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع ولا يلحق الجهة بها
فصار كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة **قوله** وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه
ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان يكون عائدة الى غيره كثبوت البيع فيما يضم اليهما وليس ذلك بمبتدع
بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فياخذ المشتري عبد
البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا **قال** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد وبيع
السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده والقاه في حظيرة فلا يخلو اما ان يكون صغيرة
او كبيرة ولا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه لانه غير مقدور التسليم وان
كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا اسلمها الى المشتري فله خيار الروية وان راها في الماء لان
السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره **وقوله** الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها
المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه
ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها انما يجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض
الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملك العدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد
اتصاله بملكه من غير ان يحرزه او يهيئ له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت
فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فان ليس فيها على وجه القرار **قال** ولا بيع
الطير في الهوا • بيع الطير على ثلثة اوجه الاول بيعه في الهوى قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني
بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور على تسليمه والثالث بيع طير يذهب ويجي
كالحمام وهو ايضا لا يجوز لاختلاط المبيع بغيره مما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه في الظاهر وذكر في
فتاوى قاضي خان وان باع طيرا له في الهوى ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا
فلا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولا النتاج الحمل وهو حبل الحبلة قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة
والنتاج في الاصل نتج الناقة بالضم والكلام ان يريد به المنتوج هنا والحبل مصدر حبلت المراة حبلا فهي حبلى ثم سمي به المحمول
كما سمي بالحمل وانما ادخلت عليه التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى
وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه قال
في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهوا والغ
قال ولا اللبن في الضرع للغرر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلثة للغرر لجواز ان يكون الضرع
منتفخا بلا لبن والغرر منهي عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك
داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع
بغيره مما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين
لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين
مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم
متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في اعلاها وتركت
اياما فما بقي الخيط اسفل مما تزايد الارز والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه فاما الصوف

فان نموه من اسفله فاذا خضب الصوف على ظهر الشاة حتى يترك ما في المخضوب نبغي على رأسه لا في اصله فان قيل
الفصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان الفصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع
فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع اي النتف فعند ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف فيما يروى عنه
من جواز بيع الصوف على الظهر **قال** ٥ وجذع في سقف ٥ اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من
ثوب يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز وكذا القطع او لا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه
العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم
من نقرة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر والجهالة ايضا ولو قطع
البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البذر
في البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اذ هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع
الحنطة في سنبلها واما الهايع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة
انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود
عليه فصح العقد اما لا لتصحيح لفظه واما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا ينطلق
عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور ليس بمبيع وعلى قول
من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه قوله اما الجذع غير موجود اشارة الى تمام الفرق
بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع معين موجود اذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع
جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح شاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا
كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه بغيره اتصال خلقة فكان
تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا لانه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع
فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره لعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد بناء
غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم والله اعلم
قال وضربة القانص اي الصائد يقال قنص اذا اصطاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب
الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها عليه ومنه نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري عن ضربة
الغائص وهو الغواص على اللآلي وهو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما
واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا والله اعلم
قال وبيع المزابنة الزرع فيه والحرز والزرع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع التمر بالثاء المثلثة على
النخل بتمر بالتاء المثناة مجدود مثل كيل ما على النخل من التمر حرزا وظنا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كيلا حقيقيا لم
يبق ما على الرأس تمرا بل تمر مجدود اكالذي يقابله من المجدود ولا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة
والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة
الربوا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب
على هذا وقال الشافعي فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان
استدل بان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع التمر الذي على رؤوس النخل خرصا
بتمر فيما دون خمسة اوسق وانث الضمير الظاهري في قوله خرصها على انه جمع الثمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان
يقال سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا فان في الاحاديث الدالة على ذلك كثرة لا يمكن منعها
لكن ليس حقيقته معناها العطية لغة وتاويلها ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى

له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك
تمرا مجدودا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما
دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتداه وتسميته بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه
للتحرز عن خلف الوعد والفرق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما
وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا فيما فيه يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في حديث جابر رضي الله
عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة لوجود دخوله في
المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير ينافي قوله
عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور قاض عليه **قوله** ٥ ولا يجوز البيع بالقاء الحجر سام البائع السلعة
اي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها بيع الملامسة هو ان يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري
بيده فيكون ذلك بيعا اي ابتياعا لها رضي المشتري بذلك او لم يرض وبيع المنابذة هو ان يتراوض الرجلان على السلعة
فيحب مالكها الزام المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو ان
يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب يشتريها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها
ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبارة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع
الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى
القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته
ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم
الكلام فيه **قال** ٥ ولا يجوز بيع المراعي ٥ لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلأ وهو ما
ليس له ساق فهو كلأ وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى
ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيه كلأ او
لم يكن واما عدم جواز بيع الكلأ والماء غير المحرز بانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله
عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها الانتفاع
بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة والاحتشاش
من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني
الى حقي او تحشه فتدفعه الي او تدعني اخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا نبت بنفسه ظاهر واما اذا انبته صاحب
الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان ياخذه بغير اذنه
فجاز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس
بحيازة للكلأ فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة على عين غير مملوكة
والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح اولى في ذلك لان المستحق بعقد الاجارة على اجزاء المنافع لا الاعيان الا اذا
كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة
للحضانة والطورة ولم يذكر ان اجارة الكلأ وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك
الاجر الاجرة بالعقد وينفذ عتقها عتقه فيها **قال** ٥ ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة
وابو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به
حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول
لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي لحوقه من الاجناس لا يجوز بيعها قال في الجامع الصغير اراد بقوله

وحد بها عيبا لم يردها وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع بما يخرج منه جواب
عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال قيل
قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيانهما وفيه بعد
لخروجهما بقوله بما يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج منه نفسه خرج وجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان ما يخرج منه بان باع
كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي
في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل طريق
البيع واذا لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكي عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول وانما
يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل
بعينه عن ابي يوسف قال ذلك قال ولا يجوز بيع دود القز وبيضه وهو البزر الذي منه يكون
الدود لا يجوز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال
وعند محمد جاز لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيضه قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر
فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه مع ابي حنيفة كما في دود القز وهذه
العبارة تشير الى ان ابا حنيفة انما لم يجوز بيعه بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها
جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكره هنا اتباعا لما ذكره
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمة قال ولا يجوز بيع الآبق بيع الآبق
المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد
الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق العاقدين جاز بيعه لمن باعه
من رجل يزعم عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل
يصير قابضا بمجرد العقد او لا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا بمجرد العقد اتفاقا وان قبضه للرد فاما ان يشهد على
ذلك او لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض
الامانة لا ينوب عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع
عن قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على
ما هو الاصل بخلاف الا قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة
ومحمد وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشارة
الى انه يلزم ابا يوسف القول لكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز
لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد
من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ المشايخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج
الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان شرط المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع
الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك
وهو بالايجاب القوي بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والقوي ينافيه وروي عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع
ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول
بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز فصار كما اذا ابق
بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا واما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم
وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد قال ولا بيع لبن المرأة في قدح
قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر الحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه

لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الحيوانات في البانها وعقب بقوله طاهر
احترازا عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الادمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى جزء الادمي ليس
بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الادمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية
اجزاء الادمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل
به البرء سقط الضمان وكذا السن اذا انبت قوله وهو اي الادمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلا
آخر وتقريره ان الادمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال
ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن المرأة الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها
فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه
الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل هو الحي ومعناه
انهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذ لا حياة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب
عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه
والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا
كالميتة يباح تناولها عند الضرورة وهي ليست بمال يجوز بيعه قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع
شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين ونجس العين لا يجوز بيعه اهانة
له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد
مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابو الليث
ان كانت الاساكفة لا تجد شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي حنيفة
وابي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد
لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف اختار قول ابي يوسف
حيث اخره قيل هذا اذا امتنوا واما الحروز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضي خان قال ولا يجوز بيع شعور
الانسان بيع شعور الادميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به ووجه
الظاهر ان الادمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ومبتذلا في البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك
قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان
قيل جعل المصنف بيع شعر الخنزير اعزازا بما تقدم وجعل بيع شعر الادمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز
ان يكون موجب الامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته
بما لم يحقره الشرع اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف
المحل شرعا ثم ان عدم الجواز فيهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزايلة وشعره وهو طاهر اولى
ولان نتف الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة
ولا بأس باتخاذ القرامل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء اي في اصول شعرهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل
ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة
باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاسته باتصال الدسومات
ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بان النجاسة خلقية ثم لم تزل بالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب
فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فلم لا يدل على الجواز فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية
وهو يقتضي طالع النقري يطلع عليه ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها

وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد بيناه من قبل في
كتاب الطهارة والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها فانه لا يقع عليه الذكاة واذا دبغ
جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلو لم يكن نجس العين بل كان
كالكلب وسائر السباع فالواقع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس لا يجوز بيعه والله اعلم
قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده
فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع فان قيل للشرب حظ من الثمن
ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن له شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث
يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن
بالاتلاف فان من سقى ارض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين شهدا على
شراء ارض بشربها بالف واخراها بالف ولم يذكر الشرب لم يقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لانه ينقص بمقابلة
الشرب وانما لم يجز بيع الشرب في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية
قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع رقبة الطريق وهبتها جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه
ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو مما هذا محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث
هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيد الاول
لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر في ارض مملوكة جاز بيعه ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث
هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة وبيع حق المرور تبعا
من الثمن حيث قال في دار بين رجلين ولها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة وترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه
لا حق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب المرور
بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب المرور واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤوس لان صاحب القليل يساوي
صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لصاحب المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز
وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبالانفراد لا يجوز وبيع الشرب وهو حق الشرب لا يجوز وهذا احد محتمليها الآخر
واذا عرف هذا فان كان المراد المحمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا وان كان المحمل الثاني فعلى رواية
لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم
اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح او الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال
ولا متعلق به لكونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحمل الاول وهذه
الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور يحتاج الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلي
تعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه
الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى
من الدار مثلا حق يتعلق بعين يبقى هو مال ولا يجوز بيعه **قال** ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان
الذكر والانثى قد يكونان جنسا واحدا كالعلة فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة
والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت وللاستفراش وللاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية
والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف
الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما والوذاري بكسر الواو وفتحها
ثوب منسوب الى وذار وهي قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى جنسين مختلفين
على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان كان

ذلك

ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه واذا قال بعتك
هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية
يعني موصوفة بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان صفته والابلغ في التعريف اقوى وان كانا مما
يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا للتسمية لانه
ما سمي موجود في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد
فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات المقصود والوصف المرغوب فيه فانه اذا خرج عن كونه معرفا
جعل للترغيب حذرا من الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلامه الى
ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة
وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد ان الموجود ان كان انقص
من المشروط فالعاقد كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه
وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فالزام الكاتب يتضرر فلا يتحقق تمام الرضا واما
الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة يعني تسعة خير وان وجد احد عشر فهو له بلا خيار والله اعلم
قال ومن اشترى جارية بالف درهم ومن اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة فقبضه
ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي وهو يقول الملك قد تم فيه بالقبض
والتصرف فيه جائز من غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض
وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة
شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او باقل او باكثر او بالعرض والاول اما
ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق وفي الاول هو المختلف فيه فالشافعي جوزه قياسا
على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول
اما الاول فما قال محمد حدثنا ابو حنيفة يرفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امراة سالتها فقالت اني اشتريت
من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة
رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف
ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع الرسول واجزية الافعال
لا تعلم بالراي فكان مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وان زيدا
اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدات بعضهم كان يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى
صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبهما
جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثالث حيث قالت
بئسما اشتريت مع عراية هذا المعنى فلا يكون كذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور
في الحديث فمنكر ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه اجيب بان تلاوتها آية الربوا دليل على انه للربوا
لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد
اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا واما الثاني فهو ما قال
الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة بلا عوض
وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما اذا باع من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اشترى البائع بواسطة مشتر
آخر لانه لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى

باكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر
عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل
في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اشترى بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو
قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء
فيثبت فيه شبهة الربح **قال** ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسألة المتقدمة
لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فلو لم يشتر الاخرى بما
باقل مما باع وقد نقد مر فساده ويتوقف بما اذا باعهما بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها العلمان في الايضاح
شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسألة الموضوعة في الكتاب لما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة
يصيب على كل واحد منهما اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز
وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز وان جعلنا الفا وجه جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من
بعض فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز تقتضيه وجهات الفساد تقتضيه
والترجيح هنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يتعدى الفساد فيها الى غير المشتراه لان الفساد ضعيف فيها لامور اما لانه
مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان بخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان
خلاف الشافعي كان بعد وضع المسألة فكيف توضع المسألة بناء على ما لم يقع بعد ولان ابا حنيفة ابطل اسلام القوهية
في القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي
ومع ذلك تعدى فساده الى المروي وهو اسلام القوهي في المروي واما لان الفساد في المشتراه باعتبار شبهة
الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وبيان ان في المشتراه شبهة
الربوا ان في المسألة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان كان وجب للبائع
بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري
وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة
في باب الربوا واما لان الفساد طارئ لو جعل احدهما انقابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها
ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم
يبع فيفسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة
واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الاخر والبيع جائز في العبد لان شمس الائمة
قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد
فلهذا لا يتعدى الى الاخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا
خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني
فيفسد عندهما وذلك لا شك في طروه فلا يتعدى الى غيرها ٥ **قال** ومن اشترى زيتا على ان يزنه
بظرفه ● اشترى زيتا على ان يزنه ويطرح مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان
مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف
لمقتضاه وان اشترى على ان يزن ويطرح بوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال
فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض او في مقدار الثمن فان كان الاول
فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في
الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر بيمينه فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف
فما وجه العدول الى التحالف للحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان مقصودا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق

والعقد

والعقد فيه ان الاختلاف في الابتداء يبقى في الثمن انما يوجب التحالف اذا ورد الكل واحد منهما مدعي عقد اخر
واما الاختلاف بناء على اختلاف في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه **قال** واذا
امر المسلم نصرانيا اذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وحكم
التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يوليه غيره
كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية لان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه
ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال ابو حنيفة المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل والموكل
فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المامور به وللنصراني ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم
له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم
ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري
فانى يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت
بدون اختياره كما في الموت والا ترى الى ان العبد المأذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه
المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان
خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة تكون مكروهة اشد كراهة وقولهما الموكل لا
يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل اخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو
لا يلي الشراء لنفسه وبالقاضي اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي اخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي
اذا اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج
المجوسية مدفوع بان حقوق العقد في النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير **قال** ومن باع عبدا
على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا لفروع كثيرة
وتقريره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك
للمشتري وشرط تسليم المبيع او الثمن والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك وهذا ينقسم الى ما كان
متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد العاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا
ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه ففي القسم جاز البيع والشرط
يزيد وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لان في الحقيقة
ليس بشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو
قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على ما لا عرف فيه
بجامع كونه مشروطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد
بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصدا ان
المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربوا لا يقال لا يطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه
والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا لانه ما اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه بقي في العقد فكان ربوا ولانه
يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرايع وفيما
اذا كان فيه منفعة للمعقود كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وتمام
العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة احد العاقدين فهو فاسد
بوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لانه
لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية
عن ابي يوسف انه يبطل البيع به نص عليه في اخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف

في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المعتبر بالمطالبة
وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري
او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة
للمعقود عليه لان قضية الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشروط تقتضي الالزام حتما
والمنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى من الاخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد
والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ذكر العقد كان مشروعا
وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في
البيع بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق
وفسره المصنف بان يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي ما ذكره المصنف
صح قوله يقيسه لانهما غيران فصح قياس احدهما على الاخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده
ما ذكره في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيان
الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك والتفسير ثبت بحديث بريرة اذ جاءت الى عائشة رضي الله عنها
تستعينها في المكاتبة فقالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها
وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرها في معناها في هذا
الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي لما عرف في الاصول
والحجة عليه ما ذكرنا من الحديث والمعقول فالحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك
الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط
العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لهم ان يعتقها لترضى بذلك فان
بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها والنسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على
معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فك الرقبة
واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب
فان وفى بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا حتى كان يجب عليه
القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه اخر كالقتل والبيع والموت وكما اذا باع بشرط
التدبير والاستيلاد والكتابة ووفى المشتري بما شرط او لم يوف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا للحقيقة و
الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف به المغاير للاطلاق
ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء مقرر له الا ترى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان
العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط
فاذا وجد فقد تحققت الملاءمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين وبناء على حق التام ما يخلص من ورطة
شبهة لا تكاد تنجلي وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا اولا فان كان الاول فتخفيفه بقدر الفساد
لئلا يلزم فساد الوضع وان كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة
لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا
بالحكم والمعنى ولم يعكس لانا لم نجد جائزا انقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا اتلفه
بوجه اخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه وتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة
فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب يجبر في الاجارة والا انها

تحقق

تحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك البائع غيره كما في الاعتاق والموت والله تعالى اعلم

قال وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها
شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستشهد له بالحديث لان المراد به هذا المذكور
وانما قال على ان يقرضه المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي الف
درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم تلزم الاجنبي لا نائبا عن المشتري لانها ليست في ذمته فيتحملها الكفيل
ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على انه ضامن بخلاف اشتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع وسلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى تستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن والله اعلم

قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر الاجل في المبيع العين باطل لافضائه الى
تحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل
الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل

قال ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة اقسام الاول ما فسد فيه العقد
والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن
واذا باع جارية الا حملها او اجرها الا حملها او رهن جارية الا حملها او كاتب عبده على جارية
الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع
يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يكون شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما
ذكره من الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في
اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الاصل يتناوله
فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره
شرطا فاسدا **قال** غير ان المفسد في الكتابة استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه
ان الشرط الفاسد في النكاح انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر او الخنزير
او على قيمته لانه دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج
والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا يصح الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء
وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط
تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن
دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات
وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها
فانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط
عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها
فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل
بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين
بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تاويل المذكور
واعترض على قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد بانه لو قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان وجب
ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا ترى انه يصح قبول الموصى
له بعد موت الموصي وتدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له فلا يثبتها لفظ
العقد مطلقا ولقائل ان يقول اعتبر نحن الوصية عقدا او عكس الاصل المذكور في الوصية بالجارية

واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل مخلا بصحة افراده بالعقد ولم يعتبر ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب انا منعنا العكس وجوزنا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان صحة الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صح استثناؤه وما لم يصلح كالخدمة لم يصح استثناؤه **قال** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع فقد تقدم وجه ذلك فلا نعيده فان قيل ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكانهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لاحتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية والله اعلم

قال ومن اشترى نعلا الخ حذو النعل بالمثال قطعها به فهو تتمة التي ... ما يؤول اليه اذا الصرم هو الذي يقطع بالمثال وتشريك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استئجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ وحده لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة اي المجادلة في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كان ما يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما وكان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة

قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج الحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان يوطئ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزروع والشعر والبيع الى وقت فعله ومن الحاج والى هذه الاوقات غير جائزة للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة محتملة للكفالة الا ترى انها تحمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فعائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنهم فيها فعائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنهما منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشير الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتاخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا لها في وصفه وزيادة لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة تحتمله فيه بمنزلة الكفالة لعدم استناده على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الاجال اعني النيروز والمهرجان الى اخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول زفر فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا اسناد لانه من جانب زفر بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في

التقرير

التقرير ولنا ان الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا سقط ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقطا الدرهم الزائد اجاب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرنا لان الفساد فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهد بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا ترى ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلاته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل والاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه قوله بخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا اخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب [illegible] ثم تراضيا خرج وفاقا لا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه والله اعلم

قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن او لم يفصل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع عبدا ومدبرا او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا خلافا لزفر فيهما اي في العبد والمدبر وفي الجمع جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكية كبيع القن مع المدبر اجيب بانه ليس مجتهدا فيه بل خطأ بين لمخالفته الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر الاعتبار بالفصل الاول يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في الجميع ولابي يوسف ومحمد اذا سمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس محلا للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الاخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما صح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد العاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه حتى يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في احدهما دون الاخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يكرر البيع او الشراء وقد تقدم في اول البيوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الي خمسمائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين ثم جواب زفر عن الشبهة بينهما **وقوله** بخلاف النكاح جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء متصل بقوله ان الحر لا يدخل

تحت العقد واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية
فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان **قوله** ولهذا ينفذ يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف
فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي
وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد بناء على ان الاجماع
اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء
في محل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب
وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع
المدبر وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء
القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في
العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم
رد البيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض
بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا اي الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا
للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالثمن بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان
ثمن كل واحد من المدبر فيه اي فيما جمع بين القن والمدبر

فصل في احكام البيع الفاسد

واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم البيع لكونه اثرا ثابتا به يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقبه والبيع
عندنا ينقسم باعتبار غير ما مر الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير فاذا
قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع يعني باذنه وفي العقد عوضان مالان ملك المبيع ولزمته القيمة
ذكر القبض ليترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وامر البائع
يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا او دلالة والمعنى به دلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة
البائع ولم يمنعه بخلاف الصريح فانه يفيد مطلقا وقيد ان يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها وقوله
ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور
لا ينال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات مملوكة التصرف لا مملوكة العين وقد تقدم الكلام
فيه وقال الشافعي رحمه الله القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا ينال به نعمة الملك لان
المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي
يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده
قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم او الميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد
مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من اهله اذ الكلام
في ان لا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده ولا يقال قد يكون النهي
مانعا من ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يكون ليكون العبد مبتلى بين
ان يترك باختياره فيثاب وبين ان ياتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك لكن لا بد فيه من
قبح يقتضي النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع
فيه الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم
والمجاور جميعا والمتصل وصفا سيان في ذلك وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة
والفساد يشتركان في عدم البطلان فكان التقرير تطلع على ذلك قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا
يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض

لوجب

لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه
واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان البيع مقبوضا فلان يكون واجب الدفع بالامتناع عن مطالبة احد
المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض
بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط
وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والا لزم ان يكون الشيء مع غيره وهو
محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول
على ان بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف وجود القبض وعدمه فلم يلزم
ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت
الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على ان بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه
بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اهدر
الغير اعني القبض وعن ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم
ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر لها
قوله لان السبب دليل اخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد
قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبها بالايجاب فصار
كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما يعضد العقد من القبض وقوله
والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وما
ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني
في اوائل البيع الفاسد واراد به ما قاله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل
ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع فيه وفي اخراى دليل اخر سوى ما ذكرنا هناك
وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد
المتبايع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كلا عن مقابلة الدراهم والدنانير في البيع هو
ثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور المبايعات
فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه **وقوله** ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة الاذن
بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز
عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد
فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل
الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا
وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا
لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم
يثبت المقتضي وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام
في المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض
ذكره في باب الهبة وانه بمنزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط
على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال فتخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل
باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم ان الفساد اذا كانت

منفعة كان البيع اولى بالبطلان **قال** اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من
ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة ولا ما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون في نفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب
كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر **قال** ولكل
واحد من المتعاقدين فسخه اي لكل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع دفعا للفساد سواء كان قبل القبض
او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان
بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي لمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او
لشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان
لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد لقوة الفساد وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني
فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع
في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي قيل المذكور في
الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن انعدام الرضا لم يتحقق
في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلكل من المتعاقدين حق الفسخ لانه
مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من
فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه
بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا يملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او
يحتمله كالبيع والهبة ونحوها ان المبيع لو كان ماكولا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطيها ذكره الطحاوي
فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بان المنع فان محمدا نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع
سلطه على ذلك وذكر شمس الايمة الحلواني كراهة الوطي ولا يجزم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب
ولئن سلم فالوطي مما لا يستباح بصريح التسليط فبدلالته اولى وجواز التصرف باعتبار الملك اصل الملك وهو
ينفك عن صفة الحل وان كان البيع نافذا سقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني
بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى
الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط استرداده وكذا اذا مات المشتري وورثه
وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما اجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ
بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما تاتي ولم يذكر محمد من فسخها والتزويج يشبه الاجارة لورود العقد على
المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله
قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك
كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات حيث لم يبق للبايع حق الاسترداد من الموصى له
لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا
لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يده صيد ثم احرم
فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في
موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع ولان الاول دليل اخر على سقوط حق استرداد
البايع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه
مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل بتسليط من جهة البايع دليل اخر على
ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البايع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم

من جهته

من جهته والجواب انا لا نسلم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري
فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا انقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء
فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته **وقوله** بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق
حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع
والهبة والبناء وغيرهما لتعلق حقهما بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من
حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله
ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق
الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فيبقى تصرفات المشتري بلا اصل فينتقض ولانه ما حصل
التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات
الملك المطلق للتصرف ولم يوجد للشفيع شيء من ذلك **قال** ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير
فقبضه • ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه باذن البائع واعتقه او باعه بيعا صحيحا واعاد لفظ البيع
كراهة ان يغير لفظ محمد لو تركه او وهبه او سلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة
اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك المطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه
مضمون بنفسه فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم
والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر انفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع
لانهما لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد
يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد
زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع
الواهب في هبته عاد للبايع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور
انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود
الى العين كما اذا قضي على الغاصب بقيمة المغصوب الابق ثم عاد **وقوله** وهذا اي انقطاع الاسترداد
بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع
الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين
فيها وليس للبائع في البيع الفاسد **قال** وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى
يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة
المبيع عوضا كان او نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا
بالمقبوض فكان له ولانه لا بد في المبيع الى ان ياخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه اخر وهو
ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب واما ان مات البائع
فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حيوته فيقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن
فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت
دراهم الثمن قايمة ياخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية
ابي حفص لا تتعين والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين ووجه
رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان ما ذكره المصنف ان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب
في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة للرد تتعين
للرد فيجب رد عينها اذا كانت قايمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوبة والحكم فيه

كذلك وذكر في الفوايد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شي تصرف الى الغرما كما في البيع الرهن
بالدين **قال** ومن باع دارا قال ، من باع دارا بيعا فاسدا فبنى المشتري فعليه قيمتها عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البنا ويرد الدار وكذا اذا باع ارضا وغرس فيها وذكر في الايضاح
ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله الآخر مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع
لانه يحتاج فيه الى القضا او الرضا ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد نقض
ان البايع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشي فالاقوى لا يبطل به وهو
وحق الشفيع لا يبطل بالبنا والغرس فحق البايع اولى ولابي حنيفة ان البنا والغرس قد حصل للمشتري بتسليط
من جهة البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط
لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني
بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة بالبيع الفاسد لان حق البايع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع
لعدم التسليط منه اقوى من حق البايع لوجوده منه وهذا النقض يرشدك ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل
له في الحجة قيل وانما ادخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البنا والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام
ولعله ذكره لان ملحقه بالبيع في كونه منهيا معتبرا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به
حق الاسترداد بالبنا الصغير ونه جنيد بمنزله البيع الصحيح فينقض الشفيع بنا المشتري واعترض بانه اذا وجب
نقض البنا لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البايع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا
تومل مما ذكر فليس بوارد اذ البايع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية
وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا انتقض البنا لحق الشفيع وجب عود حق البايع في الاسترداد لوجود المقتضي
وهو العقد الفاسد وانتفا المانع وهو البنا كما اذا باع المشتري شرا فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ
واجيب بوجود مانع آخر من الاسترداد انما يبتغي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا
لان النقض انما وجب ضرورة ابقا حق الشفيع فصار النقض يقتضي صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضي
على وجه يبطل به المقتضي وهو التسليم الى الشفيع روي وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة يعقوب ثم شك
بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد على الاختلاف في كتاب
الشفعة ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شرا فاسدا وبنى فيها او غرس
وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع فاما حق الاسترداد بالبنا والغرس
وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البايع ومن قال بانتفايه قال لعدم انقطاع حق البايع لان
وجود الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا لم يحفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لا شك في مذهبه
في انقطاع حق البايع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في روايته عنه لمحمد رحمهم الله قال شمس الايمه السرخسي هذه
المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال ابو يوسف ما رويت عن ابي حنيفة
انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البنا وقال محمد بل رويت لي عنه انه ياخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير
الى ان الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما رويت وفيه تامل ولما كان هذا
الموضع محتاجا الى تاكيد كرر المصنف **وقوله** شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه
قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع
الصغير التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد رحمهم الله **قال** ومن اشترى جارية بيعا فاسدا
وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كما عداهما
والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك واما الاول فانه يوثر فيما يتعين ولكا

يوثر

يوثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها يتصدق بالربح
وان اشترى البايع بالثمن شيا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها
ويوثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينهما فلم يوثر الخبث
فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اشار اليهما وقال اشتريت منك هذا
العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى البايع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق
بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على
الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان
قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيا وباعه وربح فيه يتصدق بالربح في الفصلين
عند ابي حنيفة ومحمد لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف يطيب له
الربح لان شرط الطيب الضمان والفرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال
وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها
ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان
كان الثاني فقد تعلق بها من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه
بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق
بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين
الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له فيه شايبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون
فيما لا يتعين تنزل الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة حيث لحصولهما بمال الغير
من كل وجه لم يبق كذلك بل بما له فيه شايبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازلة عنها قيل بالحديث وهو ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك
على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير واما اذا كانت شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة فقد ثبت به خلاف
المدعي والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت بما دونها ايضا فيتسلسل لكن لا يصح اعتباره لئلا
ينسد باب التجارة اذ قلما تخلو عن شبهة الشبهة فما دونها **قال** وكذلك اذا ادعى على رجل
قال لآخر لي عليك الف درهم فاقضها فقضاها اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شي وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له
الربح لا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين وجب بالتسمية بدعوى المدعي واذا المدعى عليه
وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا ملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن اتخذ البدل واستحقاق المبدل لا
يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية
فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ عتقه لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان مما لا يتعين
اولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق قصدا في مقابلة لا فيه فلو كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين

فصل

قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة فلذلك الحق
به واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان النهي اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف
متصل كان فاسدا وقد قررنا في التقرير ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل
في الثمن ولا يريد الشرا ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا
ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بان يزيد في الثمن وهو خداع والخداع قبيح وان هذا البيع فكان مكروها وقيل
من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشرا الى ما يبلغ تمام قيمتها لا
يكون مكروها لانتفا الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه

ولا يخطب على خطبة اخيه وهي نفي من معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبائع
والمشتري رضيا بذلك ولم ينعقد عقد البيع حتى دخل اخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش
والاضرار وهما قبيحان متكاملان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في
النكاح واما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد **قال** وعن تلقي الجلب اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب
اي المجلوب وصورته المصري اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ما اراده
فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين او لا فان كان الاول بان
كان اهل المصر في قحط وضيق وهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور المنفك وان كان الثاني وقد لبس السعر على
الواردين فقد غرر وضرر وهو قبيح فيكره والا فلا باس بذلك والحاضر للبادي اي ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع
الحاضر للبادي فقال صلى الله عليه وسلم لا يبع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه
لاهل البادية بثمن غال فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون فان كان
كان فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا يكون اللام في البادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا
الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة **قال** والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ونبه منها باعتبار معنى لا يتصل
الصفة قوله نوقفه بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا اذا
ابتاعا يمشيان فلا اخلال فيه فيصح بلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول
اذا كان بعد الزوال وكل ذلك اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد اي القبح
في امر خارج زائد اي مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وتفسير بيع من يزيد وما روى انس
رضي الله عنه وقد مر انفا والله اعلم **قال** هذا الذي لشرع فيه نوع من البيع المكروه
من ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الاخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله صلى الله عليه
وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة فقوله ووهب معطوف على قوله عليه السلام
من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه السلام ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين
اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد
اردد ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر
بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه
لجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع
احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك
بقوله من فرق بين والدة وولدها ان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس
والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار
استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم محرم من الاخر كما ذكرنا في صدر الكلام
بلا ضرر للمولى او الصغير قصدا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان
احدهما اخا رضاعيا للاخر او كان امه والاخر ابنها من الرضاع او كان احدهما ولد عم او خال او كان احدهما زوج
الاخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد على خلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق لوجود الملك
المطلق للتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبير وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده
الوالدة وولدها والاخوان قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستانس بالصغير وقال

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء
التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل
بالحرمة للنكاح بدون ضرر المولى او الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه ولا بيان
الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس
واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة والحرمية ولا ما فيه ضرر وما نيا وفي القرابة الحرمية للنكاح لما جاز
التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدها من المواضع فكانت العلة منقوضة
او لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسدة عند عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا صار احدهما في
ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولدها ان كانت امة فانه لا باس ببيع الاخر وان حصل التفريق
والثاني اذا جنى احدهما جناية نفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء لانه
ولانه المنع عن البيع باداء القيمة والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكان
التفريق بالمبيع بدوم بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق
والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس
جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضى
امه ولزم التفريق واذا تاملت ما مهد لك انفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخير يشتمل على
الضرر اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع من معنى شرعي لو منع عن بيع تضرر المولى والمنظور اليه دفع
الضرر عن غيره لا الاضرار به لا بفال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فليتحمل
لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه لو الزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما
الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم عن شراء تضرر الصغير قصدا وعادت
على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشان فيها فيضرر ذلك ظاهر في الدنيا بالعرضية للاسر
والقتل وفي الاخرة لان من الظاهر من ينشأ في صغيره بينهما ان يكون على دينه واما الرابع فلان منع بيع احد
الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالاخر اضرار للمولى واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف
وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري
فتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس فلان الاعتاق هو غير الجمع باكمل الوجوه لان المعتق او المكاتب
صار احق بنفسه فيه وهو حيث ما دار اخوه وتعاهد امره على ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه
بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جمعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه واما في السابع فلان المنع
عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق انتفى الضرر بهما فيما عدا الاخير ضرر فلا يكون فيه
معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما التفريق السادس فلا تفريق فيه واما السابع ثم قبل اسقاط الحق
ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لان التفريق لم
يتحقق فيه وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا او كبيرا او هما في مؤنته او لا او
كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما ان احدهما ولا اذا كان في ملكه لحصول التفريق بذلك وقوله
ولو كان التفريق بحق مستحق فقد تقدم تقريره في اثناء الاسوله وجوابها وروي عن ابي حنيفة انه قال اذا جنى احدهما
انه يختار الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولى **قال** فان فرق
كره ذلك وجاز العقد فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه بالبيع او القسمة في الميراث
والغنائم او الهبة او غير ذلك والبيع جائز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها
وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام لعلي ادرك ادرك ولو لم يجز جاز له اردد اردد فانه

قال الآخر بالاذن لكن الرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة
لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب
عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما **قال** وان كانا كبيرين فلا بأس
بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين روي ان امير القبط اهدى الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم امتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية
فولدت له ابراهيم ووهب الاخرى لحسان بن ثابت رضي الله عنه وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد
البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا او مكاتبا او مأذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره
التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ۵ والله تعالى اعلم

باب الاقالة

الخلاص عن جنس البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلقا خاصا بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي
من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله صلى
الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ندب صلى الله عليه وسلم اليها بما اوجب التحريض عليها من
الثواب اخبارا … والندب لا يكون الا للمشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لحاجتهما
وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرطا اكثر منه او اقل منه فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان
الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولهذا ابطل ما نطقنا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع
البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا
تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما
لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان المبيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا واذ هذا لان لفظها ينبئ
عن الفسخ كما ذكره ومعناه ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها بيعا فسخا او بيعا لفظ
اهمال احد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين ان
يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا فان الزيادة المنفصلة
تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف هي بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا
كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا اذا تعذر جعلها فسخا فيبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة
بالدراهم وعند محمد رحمه الله هي فسخ الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العروض بالدراهم
بعد هلاكه … واستدل محمد رحمه الله بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقة ذلك كما
يقال في الدعاء … واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر تحمل على محتمله
وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي
وليس البيع الا كذلك واعتضد بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة
… ولهذا لا ينعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلانها … اللازم
على … بعد التسليم بانه ابتداء اقالتك العقد في هذه العين بالف درهم
… بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل في محرجها وما خرجه
… اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ
في موضع … من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز
وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا اذ ذلك يصير الى المجاز مع امكان

العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك النقد … هذا العبد
وذلك يقتضي بقي سابقة العقد واستدل ابو حنيفة ان اللفظ ينبئ على الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة منه والاصل
اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء
العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد
في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك اجاب المصنف بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية
الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت
مثل حكم البيع وهو الملك للبائع بدل ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد
وتقريره بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة وضعت لازالة
الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضرورته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في
المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما
لانه ليس ولاية على غيرهما ووجه آخر ان المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة
لان كونها فسخا مقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي حنيفة
رحمه الله عما استدل به ابو يوسف من ثبوت الاحكام ما قيل الشارع بدل الاحكام ولا يغير الحقائق فانه
اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفسادا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام
لجاز ان يغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة من الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا
اي ما ذكر من الاصل نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة
عن رفعه على الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل
الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين
وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها
شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد
فيتحقق الربا ولان في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع
ما لم يكن ثابتا محال والنقصان ما لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة
بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بالف درهم
وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت الاقالة بالالف ولغي ذكر الباقي وان تقايلا
بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالالف ولغي النقص ووجب على البائع رد الالف على المشتري وان
دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من
المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر
بمقدار ما يتغابن الناس او لا وقال بعض المشايخ تاويل المسألة ذلك هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله
وعندهما اذا شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وان كانت
فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا تعذر العمل بالحقيقة يصار الى المجاز صونا لكلام العاقل
عن الالغاء ولا فرق بين الزيادة والنقصان عند ابي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل
النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن واقال كان فسخا فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن اما ان
يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير تام فهو لان ابا يوسف انما يجعله
فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان ربما رجعها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل
يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة

ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما تقدم ثم بين وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض واما اذا ولدت قبله فصحيحة عنده وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لانه لا يصح الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة وبطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره بالعقار فانه فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عند ابي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده.

قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة. هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع لان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا اشترط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم تقايلا البيع في الجارية ووجب رد قيمة العبد ولا يبطل بهلاك احدهما بعد وجودها لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القابض قبل الرد فقد الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض او كان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تنفسخ مع ان كل واحد منهما في معنى الاجراء لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف احد المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف التصارف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لم يتعينا لم تتعلق الاقالة باعيانهما فانهما بل رد المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما كقيامهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما فانهما لم يبق هلكا لم يتعين شيء من المعقود عليه برد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا ولنا ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع.

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع ووعدنا تفصيلهما وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيع الغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من الجنس او المقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز بحيث يجعل الربح جنس رأس المال الدراهم او سواء من غير الدراهم

من الدنانير او على العشر اذا كان معلوما مما يجوز به الشرى لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم من الدراهم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى ان يقول نقل ما ملكه من السلع بما قام عليه والجواب عن الاول انا لا نسلم صدق عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يعود الى المالك على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في البيع او قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم الثمن نفسه مرادا جعل مرادا عما قام عليه من غير جناية فيدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة.

قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب والبيعان جائزان لاجتماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والضعفة كانفسه يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي صلى الله عليه وسلم كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين اي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واصابت لاقتضاء المقام ذلك ولم يعرض هنا لم تصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فيه الخيانة كالربا الجارية في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه.

قال ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما تقدم ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيمي ان امكن فقد لا يمكن عن شبهتها لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من بائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من دراهم او شيء من المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم وما اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح درهمين وان كان ثلاثين كان ثلاثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بايعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة او ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء بهذه في ذلك فالصبغ والطراز يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما لزمه غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم فيقول رقمه كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكذا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم واذا انفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذاقة والذكاء

لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرايض والبيطار وجعل الابق والحمام والختان فان اطلع المشتري
على خيانة في المرابحة اما باقراره او باقرار البايع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان
شاء تركه وان شاء اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية
وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار
لما يتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته
يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا لو قال وليتك
بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر عن التسمية صح العقد والتسمية
كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول
فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من راس
المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو
درهمان ويحط من الربح درهم فياخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانها
تكون بالثمن الاول وهذا الذي كان لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية للا تبعين التصرف فتعين الحط وفي المرابحة كما كانت من غير
تغير التصرف لكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه
ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة من قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد
خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فسقط خيار العيب حيث لا يجب
كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء العايت فيسقط ما
يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ
البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري **قال** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح
الكلام في وضع هذه المسالة وصورتها ظاهرة وانما الكلام في دليلها فالا العقد الثاني عقد متجدد منقطع
الاحكام عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتريه
مشتريه وقال ابو حنيفة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط
واذا كان شبهة الحاصل ثابتة بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تاكد ما كان على شرف السقوط والتاكيد
في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتاكد ما كان
على شرف السقوط واذا كان شبهة الحاصل ثابتة صار كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة
فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في
بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على اخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان
الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجب الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو
كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة
فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التاكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا
عن الخيانة على ما ذكرنا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التاكيد في المرابحة واما
جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون التاكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوايد العلامة حميد
الدين رحمه الله بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشراء الثاني
فانتفت الشبهة **قال** واذا اشترى العبد الماذون ه اذا اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا
بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا
ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع

المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين ويستخلص كسب
عبده فصار كالبايع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع
الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من
مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا بملك الرقبة ولا بملك التصرف هكذا قيد حمله
في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق فيه لما ذكرناه ثم
قال وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف
فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع
على الاحتراز عن الخيانة وشبهها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب
المال وحكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فيه شبهة العدم ووجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال
وهو انما يتحقق بمال غيره لا بماله نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفايدة فان فيه
استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشرى
من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفايدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفايدة
الا ترى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقد الفايدة انقسام
الثمن واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضح واستوضحه المصنف بقوله الا ترى انه يعني المضارب
وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل والوكيل
فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم ونصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن
الثمن احترازا عن شبهة الخيانة في اصل الثمن وهو عشرة ولاني نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قوله
ومن اشترى جارية فاعورت اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بافة سماوية او بفعل الجارية
نفسها او وطيها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي جاز ان يبيعها مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباسه ما يقابله
الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن **قال** ولهذا التوضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء
يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن ولذلك منافع البضع اذا لم ينقصها
الوطي لا يقابلها الثمن وعورض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطيها ثم وجد عيبا لم يتمكن
من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطي بمنزلة الاحتباس جزء من المبيع عند المشتري
واجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان
الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم
ملك البايع ويسلم الوطي للمشتري مجانا والوطي يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن
ابي يوسف انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول
الشافعي بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعييب بافة سماوية وبه او بصنع
العباد واما اذا فقا عينها راجع الى اول المسالة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي
يعني اذا فقا المشتري عينها بنفسه او فقاها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة
لانه صار مقصودا بالاتلاف اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره
فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه فيمنع المرابحة
بدون البيان وعبارة المصنف تدل بالتنصيص على اخذ ارشه وهو المذكور في لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
وقال في النهاية ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقاها الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب
لاخذ الارش وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا ان وطيها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان لان العذرة يقابلها

قال ومن اشترى جارية

الثمن وقد جنيها فلا بد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابها قرض فار من قرض الثوب بالمقراض اذا
قطعه ونص ابو البشر على انه بالفا او حرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها
الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة لانه مقصود صار مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى
ما بينا اشارة الى هذين الدليلين **قال** ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة ◦ ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل
لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى
شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بان الغلام السليم
الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان
على البائع كما مر في مسئلة اعور العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انما في مقابلة السلا
مة وفيه هو ان يقول ان اجلتني مدة كذا فقيمته يكون كذا بزيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا
يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك
المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقا
فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا لان الالكان ما وضعناه
شبهة حقيقة وذلك خلف باطل **قال** وان كان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة فيما علم المشتري
انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة
كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرنا
ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وستأتيك من بعد مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه
ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله ما
والخالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل هو قول ابي جعفر البلخي يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل
ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر
اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال **قال** ومن ولي
رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل
وغير ذلك ولم يعلم المشتري بما قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع وخير المشتري
ان شاء اخذه وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس
جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتاخير القبول الى اخر المجلس وبعد الافتراق تقرر الفساد
المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه واما خيار المشتري
فلخلل في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية لجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية
فالحق به

فصل

وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست
من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف
كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل نقلا حسيا وهو المراد بقوله يحول قيده به لئلا يتوهم انه احتراز
عن المدبر لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على ما لم يقبض
وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه
صلى الله عليه وسلم قال اذا اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام
يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص

لم يكن

لم يكن مرادا او كان ذلك معروفا من الصحابة حديث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما انه
ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي
بذراعي فالتفت فاذا هو زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع
على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه
جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام العقد لا يكون الا بالقبض هذا او المانع
زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزمه بنفسه والجواب ان البيع نفاذا من الهبة بدليل ان
الشرع فيما يحتمل القسمة منع تمام الهبة دون البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك العين مما ملكه
في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى قوله وان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول وتقريره
في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد
القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا بد فيه بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان
عدم الهلاك عند ذلك فاستويا واجيب بان عدم جوازه قبل القبض في معناه ثبت بالنص على خلاف القيا
س لثبوت المطلق للتصرف المطلق بقوله واحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر
الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل
القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول
بجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالها على ربح ما لم
يضمن فان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا
قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور
عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو
في العقار نادر فيصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود ومنع انتفاء
الغرر فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار
ملكا للمشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه نقضا عاد له الرد والاولى ان يقال كلامنا في غرر
الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منفيا
والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع
واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل
في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق
قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد
بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه فلما انه
نهى عن بيع ما لم يقبض بدليل من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمناه لا
لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتمال تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ
لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ النص لا يحتمل تناول ما ليس فيه تناولا وردا واعلم اني ذكرت ما سنح لي في هذا
الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل
القبض جائزا بالعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى
وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو

اما ان يكون معلوماً لا يعود الانفساخ او لا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في الثمن مسنداً الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبيعه وبين
ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجهالة معلوم لا بد لك اعمال لا لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة
وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مخصصاً بعقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض والله اعلم

قال والاجارة جواب عن قول محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيساً
عليها على الاختلاف قال في الايضاح اما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا
ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في المنافع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة
تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول **قال** ومن اشترى مكيلاً مكايلة او موزوناً موازنة اذا
اذا اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والتمر والحديد واراد التصرف فذلك على اقسام اربعة اشترى
مكايلة وباع مكايلة او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان
يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول لذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال
الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون وكان مثله وفي الثاني لا يحتاج
الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك
ملك جميع ما كان مشاراً اليه فكان متصرفاً في ملك نفسه فان المصنف لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور
في المجازفة واجيب بان من الجائز انه اشترى مكيلاً مكايلة فاكاله على انه عشرة اقفزة مثلاً ثم باعه مجازفة فاذا هي احد
هو اثنا عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة
التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زائد على ما ظنه والزائد للمشتري
ويجوز ان يجعل من باب الفرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت على
المشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز ان يحمل من باب
الفرض المحال اذ اتعلق به غرض كما في قوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع
يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى
تعيين المقدار الواقع مبيعاً واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة
يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة على المشروط وذلك
انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه دعوى مجردة واجيب بان النص المقتضي عن محمد وذلك بان يقال
قوله واحل البيع يقتضي جوازه مطلقاً وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر جريان الصاعين
وليس ذلك الا للتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان وكان في النص ما يدل على
انه ليس معلولاً بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزاً بلا كيل ثم في قوله اشترى مكيلاً اشارة الى انه لو ملكه
بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو دفع ثمناً كما سيأتي وحكم بيع الثوب مذارعة
حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به
النص ليلحق به بخلاف القدر فانه مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان
بحضرة المشتري الثاني صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله البيع بعينه لان الكيل من باب التسليم
اذ المبيع يصير به معلوماً ولا تسليم الا بحضرته ولو كان البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث
فانه صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة
ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل

كرا

كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لانه
اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله ايهاماً انما يعرف بذلك لانه
وضع المسألة اولاً فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم
ذكر في آخر المسألة ان الصحيح انه يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسألة فيما يكون عقداً واحداً بشرط الكيل
لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل
فلا اكتفاء بالكيل الواحد فيهما بلا تصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد
بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري
اذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث
اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكأنه يقول الحديث
دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول المسألة وما سيأتي في باب السلم واما فيما
نحن فيه فلا هذا وان نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي
ان يكتفي بالكيل الواحد في اول المسألة ايضاً كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد
رخصة او قياس واستحسان لكان الدليل جارياً على القوانين لكني لم اظفر بذلك • ولو اشترى المعدود عدداً فهو
كالمذروع فيما يروى عن ابي يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة لانه ليس بمال الربوا ولهذا جاز بيع الواحد
بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه تقدم وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه لا تحل الزيادة
الا ترى ان من اشترى جوزاً على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها اقل لتنتقص معه
النقصان من البائع كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون في الموزون **قال**
والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض جائز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما
يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلاً بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئاً آخر قال ابن عمر رضي الله
عنهما كنا نبيع الابل بالبقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلى
الله عليه وسلم لان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها
بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع **قال** ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن
اذا اشترى عبداً بمائة ثم زاد عشرة مثلاً او عيناً بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً او حط بعض الثمن جاز واستحقاق
تعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع
حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني
الاصل والزيادة واذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط
ملتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة
ابتداء لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لان هذا التصحيح ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك
المبيع بالعقد بالمسمى ثمناً فالزيادة في الثمن يكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن
كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار براً مبتدأ ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غير العقد
بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن
تجعل الخاسر عدلاً والعدل رابحاً والحط تجعل الرابح عدلاً والعدل خاسراً وكذلك الزيادة في المبيع ولهما
ولاية رفع اصل العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف في
الشيء من التصرف في اصله وصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار الشرط فاسقطاه او شرطاه بعد العقد
فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصله العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء

يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا
للكل بالبعض اجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه يتبدل باصله لا يعتبر بوضعه لان عمل الحط في اخراج
العقد بالمحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل
للعقد لانه اما ان يتجه باطلا لانعدام الثمن حينئذ وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك وتغيير هبة وقد كان قصدهما
التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط
البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا يظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة
حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قد باع لاخر
هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في
ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى ياخذ الشفيع بما بقي في الحط
قوله وانما كان للشفيع جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة
كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول
وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما بعد هلاكه
فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في
موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل
عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل
الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب لان قيام العقد بالعاقد
لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك او ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد في حقه فائدة فاما في وراء ذلك
ففيه فائدة فيبقى والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم فيكون لها حصة من الثمن
حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن **قال** ومن باع شيئا بثمن حال
ثم اجله اجلا معلوما **ش** اذا باع شيئا بثمن حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان
الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر رحمه الله لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتاجل
كالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل رفقا بمن عليه ولان التاجيل ابراء موقت
الى حلول الاجل وهو يملك الابراء المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة الموقتة اولى وان كان الثاني
فلا يخلو اما ان يكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كان الاول كما اذا اجله الى هبوب الريح او نزول المطر
لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع
الجهالة اليسيرة بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد **قال** وكل
دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا **ش** كل دين حال بتاجيل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه
لكن القرض لا يصح تاجيله وهذا لان القرض في الابتداء اصله واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات
ولهذا لا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب
بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر
في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد
القرض لكن يرتب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض
بما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم من
ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة

والسكنى

والسكنى فيكونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا ترى انه لو اوصى بثمن
سنة انه لفلان صح ولزم وان كانت متعددة وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز
للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصي والله تعالى اعلم

باب الربوا

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في
بيان انواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا فان النهي يعقب
الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا
لما قيل لمحمد لا تصنف شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده يثبت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد
الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة من ربو المال اي زاد ويثبت
فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطا ذكره في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل
الخالي عن العوض المشروط في البيع **قال** الربوا في كل مكيل او موزون اي حكم الربوا وهو
حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه فالعلة اي لوجوب
المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المصنف ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناول
وليس كل واحدة منهما بانفراده يتناول الاخر والاصل فيه الحديث المشهور والذي تلقته العلماء بالقبول
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة
الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة
ابن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنه ويروى بروايتين بالرفع
مثل بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل
حقه ومعنى الثاني بيع التمر بالتمر والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل
وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما يطلق عليه اسم الحنطة
فان بيع حبة من حنطة بحبتين منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من
حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها سواء كلام رسول الله
صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضا فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح واجيب بان الواجب
الوجوب مصروف الى الصفة لقولك مت وانت شهيد وليس الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهادة
اذا مات كذلك بالامر ان يكون البيع على صفة المماثلة **وقوله** يدا بيد المراد به عندنا عين بعين
وعند الشافعي قبض بقبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما
على الاخر حرام والحكم معلول باجماع القايسين احترازا عن قول داود من المتاخرين وعثمان البتي من المتقدمين
ان الحكم مقصود على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند
الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عليها حتى لا تعمل العلة المذكورة
عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون اثر في تحريم النسا فلو اسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا
لم يجز لوجود احد وصفي العلة وشبابي والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة لانه اي الشارع نص على شرطين
التقابض في المماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبا على الحال والاحوال شروط هذا اذا روايه النصب
وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك اي كل من
الشرطين اشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فاذا كان عزيزا يعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة
وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية والاثمان والجنسية شرط لعمل العلة لبقاء الاولى

التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل اي العلة انما
يعرف بالتاثير وللطعم والثمنية اثر كما ذكرناه وليس للجنسية اثر لكن العلة لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان
شرطا لان الحكم يدور مع الشرط وجودا عنده لا وجوبا به قلنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله
مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط ووجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان
ثلثة لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص من
الاخر لم يحصل التقابل من وجه او صيانة لاموال الناس عن التوى لان اخذ البدلين اذا كان انقص من الاخر كان التاوي
مضيعا الفضل ما فيه الفضل او تتميما للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني ان في النقدين لكونهما لا يتعينان
بالتعيين شرطت المماثلة قبضا مماثلة كل منهما للاخر لتتم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن
المقصود ببيان وجوب المماثلة بين العوضين فهذا لا بيان المماثلة من حيث القبض والاولى ان يقال لو لم يكن
احد العوضين مماثلا للاخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حقهما فتكون الفائدة اتم
بعد القبض لكونه نفعا في حقهما جميعا ولقائل ان يقول هذه الاوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه
في سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل
في الجميع لئلا يتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لا علة ليتصور التخلف
واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل ان يقول انما يلزم
حرمة الربوا عند فوت شرط الحل ان لو لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل
والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام
لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثمة **قال** والمماثلة بين الشيئين علة القدر
والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعيار يسوي الذات
اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كلا من برتيا وكلا من درهم من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى
وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات
وعللتموها بالقدر والجنس وكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز
لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام
وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثبتناه في غيره بالتعدية فكان
جائزا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو
الفضل المتحقق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد **قوله** ولا يعتبر
الوصف يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب
ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى فساوتا في المالية والفضل من حيث الجودة
ساقطة العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب التبرع وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا
في القيمة في العرف ولان في اعتباره سد باب البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق
البياعات ولقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وقوله والطعم والثمنية جواب عن جعله الطعم
والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه
المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة اليه دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة
الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر في حرمة المباح بل سنة جرت في التوسع فيما كثرت اليه الاحتياج كالهواء والماء
الذوات ونحو ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود الفساد
او فلا يكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل او

الموزون

او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة مع وجود
شرطه وهو المماثلة والمعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا باعتبار الشرط والجودة ساقطة
فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا مماثلا **قال** ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اي مما يترتب على الاصل
المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز لتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر
بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واشير
ذلك بقوله ولهذا اي ولان الحفنة والحفنتين لم يدخل تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف لانها
فلو بقيت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي
لا يجوز لان علة الحرمة عنده هو الطعم وقد وجدت والخلاص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة
بحفنة ولا تفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوي وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس
حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع
بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد الصاع والاخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا
تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده
يجوز لعدم الطعم والثمنية **قال** فاذا عدم الوصفان اذ ثبت ان علة الحرمة شيئان
فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الاخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنسا
لعدم العلة المحرمة وحقيقته ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت لوجود
العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند عدمهما لان العدم يثبت شيئا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل
وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الوصفين الفضل بالوصفين وحرمة النسا
باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان
بالنسية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز
بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النسا زيادة
فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال
انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النسا انما لم يوجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر
فقد وجد فانه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسية وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده ذلك
غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف من انه مال الربوا
من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في الربوا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة
تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة او معا
لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيها ربوا النسية مال الربوا من وجه
نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس الهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا والاخر
نسية وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلية تثبت بها
شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا
مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل انه لو كان من مال الربوا من وجه شبهة وكون النقدية اوجبت
فضلا شبهة فصارت شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني ان تكون شبهة الربوا كالحقيقة
اما ان تكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جارية فيما نحن فيه فيجب ان تكون
الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة في المحل والثابت في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وشبهة
العلة والمحل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القضية غير حاضرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة

وهو ما ذكرنا ان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف لم يستدل للجانبين
بالاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين بما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعي رحمه الله وبما روى ابو
داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ ونظر
احتمال التاويلات منعاه عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة النسا كان الاستدلال به اولى
من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا على النسا في كمال العلة لا في شبهتها
قوله الا انه اذا اسلم استثناء من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وعدم النسا فان ذلك يقتضي
عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد والصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه
وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامنا والنقود
بالسنجات وهي معرب سنك تران ونقل عن الفراء السين افصح ونقل عن ابن السكيت المصحات (?) ولا يقال بالشين واما
الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه لو باع بالنقود
موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه عشرة دنانير مثلا وقبضه البائع
صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد
الوزن واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فنزلت الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة
الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الموزون عليهما
حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة المصنف
تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا حقيقة صورة ولهذا قال شمس الائمة بل نقول اتفقا في
الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا احمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن
فذلك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل
في رأس المال هو النقود فلو لم يجوز لوجود الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب
فان الشرع الرخصة في النحوين وهذا ظاهر من العرف قال شمس الائمة ولكن هذا اعتد من يجوز تخصيص العلة
ولسنا نقول به قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما نص رسول الله صلى
الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والملح والتمر فهو مكيل ابدا وان ترك الناس فيه الكيل وكلما
نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف
وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول
على العرف لانها اي عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي
على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك
الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا
بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا لتوهم
الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي
لوجود الاسلام في معلوم وان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة
في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه ذكر في الحجر عن اصحابنا انه لا يجوز
فكان في المسالة روايتان قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف من

الاواقي

من الاواقي جمع اوقية كالنقية وابا في قيل هو وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما
والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها تقدر
يعني ان سائر المكاييل لم تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف
وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله
بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون
قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن لانه يشق عليهم وزن الدهن بالامنا والسنجات
في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فعرفنا ان كيل الرطل
موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن قال وعقد الصرف ما وقع على جنس
الاثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر خبر ثان
لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم
دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول صاحبه هاء فيتقابضا
وفسره بقوله يدا بيد جزاء الى افادة معنى التعيين كما بين وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين
دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة او بغير جنسه ككر
حنطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في
الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية وبانه اذا لم يقبض
في المجلس يتفاوت القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا كالحال والمؤجل ولنا انه ما سوى الاثمان مبيع و
متعين لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا
اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب
على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف
فان القبض فيه ليتعين به فان النقود لا تتعين في العقود قوله ومعنى قوله عليه السلام جواب عن استدلال
الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دلالة على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن
الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين
منتف بالاجماع المركب اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما
على الاخر وقوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض لان اليد آلة كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون الا
باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم الحمل بعموم المشترك او الجمع بين
الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه في الصرف
بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو بمعنى العين في الحال كلها تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بانه لو كان
بمعنى التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب بيع باناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم
لكن القبض شرط واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا كالحقيقة
فاشتراط القبض في تعالها (?) واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقكم فان الاثمان لا تتعين واما الشافعي فليس بقائل به
فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادي هاهنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه وقوله
وتعاقب القبض جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه ان المانع تعاقب بعقد نقدا ونسيئة في المالية عرفا كما في
النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفضلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا
معينا قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جائز ان كان موجودا
لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسا فان قيل الجوز والبيض جعلت امثالا في

ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت
فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فيعتبر الحقيقة وهي فيها
متفاوتة صغرا وكبرا وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس
بالفلسين باعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا على اوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بعينه
بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الرابع
الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة
منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا واما الثاني فلانه لو جاز امسك
البائع الفلس المعين وطلب اخر وهو فضل خال عن العوض واما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد اليه
احدهما مكان ما استوجبه في ذمته فبقي الاخر له بلا عوض واما الوجه الرابع فجوزه ابو يوسف وقال محمد لا يجوز لان
الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما
فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كان بغير اعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهذا
تبين ان الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما اشترى ثوبا بفلوس
معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما
اذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض بانها اذا كانت
باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يكون عروضا ايضا باصطلاحهما على الثمنية لعقد الكساد
على خلاف الاصل فلا يجوز ان يكون ثمنا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما واجيب بان الاصل
في الفلوس ان يكون عروضا باصطلاحهما لو نوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونهما عروضا كان ذلك
على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه بنا في قوله ان الثمنية في حقهما تثبت
باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير ممن سواهما متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين
فان قال اذا عادت عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب
المصنف بقوله ولا تعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين اعرضا عن اعتبار الثمنية
دون العدد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح
في حق العد بقوله اذ في نقضه في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك
والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات والاول ممنوع والثاني
لا يفيد قوله فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله بخلاف جواب عن قوله كبيع
الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله وبخلاف جواب عما يقال اذا كان بغير
اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ اي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب
عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة
بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لانه مكيل والمجانسة باقية
من وجه لانهما اي الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يوثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق
شيئا اخر وزائلة من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم
وهو ظاهر وتبدل الصورة واختلفت المعاني فان ما يتخذ من الحنطة والشعير لا يتخذ من الدقيق فانها لا تصلح لاتخاذ
الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربوا الفضل بين الحنطة والشعير والحنطة كانت ثابتة قبل
الطحن وصيرورته دقيقا وازالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل
لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة اولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان

متساويا

متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا فلذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل
والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة ولا
يجوز وان كان كيلا بكيل قيل حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع ثبت
حرمة لا تتناهى فصار مثلها زائدا عليها على ما عرف واجيب بان حرمة الربوا تتناهى بالمساواة في الحقيقة
او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني
ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة ولا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا تتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوى ومتساويا وكيلا قيد خرج لان منه احترازا لان العامل في الاول
بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثاني نفي توهم جواز المساواة وزنا حكي عن
الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا
يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مقلية والسويق
اجزاؤها مقلية فكان لا يجوز بيع اجزاء بعض بالاخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض
اخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك
بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل ويشرب بالماء ولذلك الاسم واذا اختلف فبيعوا كيف شئتم
بعد ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية
والعلكة بالمسوسة الذي اكلها السوس المقلية هو المسوية من قلى يقلي اذا سوى ويجوز مقلوه من قلى يقلو والعلكة
هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع والسوسة العثة دودة تقع في الصوف والثياب والطعام
حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه من غير
جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في الجمان المختلفة على ما
بين ومنها ما اذا باعه من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بشاة مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق
ان كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز
الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف غير جائز عند محمد الا اذا كان اللحم المفرز
اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقوط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربوا اما من حيث زيادة
السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالحل اي الشيرج بالسمسم
ولهما انه اذا باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة
ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بضرب قوة فلا يدرى ان الشاة خففت نفسها
او يوزن للتجربة وهو ثقله وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن
يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك ان الوزن يميز الحل والسمسم عند التمييز بين
الدهن والتجير ثقلت بخلاف مسألة الحل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين التجير
وهو ثقل كل ما يعصر كذا في المجمل ولا يتميز اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحل والسمسم يوزنان ثم يميز التجير ويوزن
فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لا يوزن في الابتداء اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد
والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنس
ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان
قيل اذا اختلف الجنسان ولم يجمعهما الوزن جاز البيع نسيئة وليس كذلك اجيب بان النسيئة ان كانت في الشاة
الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الاخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز قال ٥
ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه ابو حنيفة

خاصة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن ابي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال اينقص اذا
جف فقيل نعم قال لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما
بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك وقوله فقال عليه السلام هو الدليل ولابي حنيفة المنقول والمعقول
اما الاول فلانه صلى الله عليه وسلم حين سمى الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال او كل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما
روينا من الحديث المشهور واما المعقول فما روي ان ابا حنيفة رحمة الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسألة وكانوا اشداء
عليه بمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعني قوله التمر
بالتمر وان لم يكن جاز بقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا
الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقل واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه
خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما
ان يكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا يكون فيجوز باخره فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم
والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى
ان يدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة قوله فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز
ان لو ثبتت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل ان المقلية صنعة تعرض عليها الاعوام فصار كمن باع قفيزا بقفيزين ودرهم
لا يقال ذلك راجع الى التفاوت وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث واما الراجع
الى صنع العبد فمعتبر بدليل اعتباره بين العبد النقد والنسيئة فكل تفاوت يبتني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها
والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العين كما في الرطب والتمر والجيد والردي والعنب بالزبيب على هذا الخلاف
بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا
بالحنطة المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق
اسم التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي
المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي لانه ربوي يتفاوت
في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق قلنا ان بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك
بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او اليابسة او التمر المنقع
بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقطع بالمنقع من انقع اذا القى في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومفزعه حديث سعد
وابو حنيفة يعتبرها في الحال عملا باطلاق الحديث المشهور وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب
بالتمر بحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى اخرها
وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل الاحوال ثمة وفي الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب خاصة
ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين واحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه
فلا يكون معتبرا ولقايل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان المعقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة
الى المعقود عليه فلا لان المعقود هو الذات المشار اليه وهو لا يتبدل قال ولو باع البسر بيع البسر
بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما تنعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث
الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه
بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قال
والكفرى عددي قيل هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى ولم يجز وتقرير الجواب انه عددي
متفاوت بالصغر والكبر ويتفاوت احاده في المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال ولا

يجوز

يجوز بيع الزيتون بالزيت الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للصعتر قبل ان يعتصر
شيرج وهو تعريب شيره والمراد به هنا ما يتخذ من السمسم واعلم ان المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار
العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع
الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالاخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون او لا والثاني لا يجوز
لتوهم الفضل الذي هو كالمتحقق في هذا الباب والاول ما يكون المنفصل اكثر او لا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل
وهو ثقل الزيت والتجير ان نقص المنفصل من المستخرج من الزيت والتجير وحده اشارة على تقدير ان يكون التجير
ذا قيمة واما اذا لم يكن كما في الزبد بعد اخراج السمن اذا كان الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز هو المروي
عن ابي حنيفة والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب
بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقايل ان يقول السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والتجير فاما ان يكون المجموع
منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي او من حيث
الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والتجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة
وكر شعير بكراي حنطة وكري شعير او يكون احدهما اما الدهن او التجير منظورا اليه فقط والثاني منتف
عادة والاول يوجب ان لا يقابل التجير شي من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث
الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم صرفا لكل واحد من الدهن والتجير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا
منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار الظهور كمال المجانسة حينئذ والدهن والتجير ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن
بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد
وكلاهما موزون وان خرجا من الوزن او خرج احدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان
وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان اجماعا وهذا يخالف ما روي عن محمد رحمة
الله ان بيع الثوب بالقطن لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا قال ويجوز
اللحمان قيل ما يكمل به نصاب الاخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي
والعراب والمعز والضان فلا يجوز بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف
بالاختلاف كالبقر والغنم والابل فيجوز لحم احدهما بالاخر متفاضلا وكذا الالبان وعن الشافعي ان المقصود
من اللحم شي واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف
الاصول يوجب اختلاف الفروع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى
العام كالطعم في المطعومات والكيل من الفاكهة والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص فلا يشكل بالطيور فان
بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا كيلي
فلم يبق له القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله واذا لم يتبدل
بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا
تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف
الاصول لا في اتحادها فكانه قال اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت
بالصنعة فلا يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي
مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المغشوشة
المختلف الغش قيل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول
قال وكذا خل الدقل قيل خل العنب الدقل قيل هو اردى التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز
يدا بيد وكذا احكام سائر التمور ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اجرى الكلام على مجرى العادة وانما جاز

التفاضل للاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيرهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع وشعر المعز وصوف
الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا وهذا اشارة الى ان اختلاف المقصود كالتبدل
بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود واختلافه يوجب التغيير واختلاف المقصود
فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الجبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفائف لا يقال لو اختلف
الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد فكان الجنس متحدا
لانا لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد يضر من لا يضره لبن الغنم فلا يتحد القصد اليهما والاولى ان يقال فلما اختلاف
المقصود فقد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم يقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف
الاصول فالاصل ان يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب
اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر علة نقض ودليل
هذا التبيين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس
واحد للمانع وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود
راجح **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم • بيع شحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس
مختلفة لاختلاف الصورة والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه في
الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاختلاف بينا واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم
منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع فكما قاله الطب **قال** ويجوز بيع
الخبز بالحنطة • بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقدا والآخر
والآخر نسية فان كان الاول جاز لانه صار عدديا او موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة
فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن ابي حنيفة انه لا خير فيه اي لا يجوز والتركيب للمبالغة
في النكرة لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير وان كان الثاني فلا يخلو اما ان تكون الحنطة او الدقيق
نسية فان كان الاول جاز لانه عدديا او موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره وان كان الثاني جاز
عند ابي يوسف رحمه الله لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما يذكر قال المصنف والفتوى على قول ابي يوسف
وهذا اغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني عن قول ابي يوسف وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس
لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمى لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه
عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض في الغلظ والرقة بالخباز وبالتنور في كونه جديدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول التنور لا يجيء مثل آخره
وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا او وزنا وترك قياس السلم فيه للتعامل وعند
ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده **قال** ولا ربوا بين المولى وعبده • لا ربوا
بين عبده المأذون الذي لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا
فعدم تحقق الربوا بعد وجود حقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا دليل على عدم جواز البيع واذا كان
عليه دين يتحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق
حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه **قال** ولا بين المسلم والحربي في دار
الحرب لا ربوا بين المسلم والحربي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله
لهما الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهما بدرهمين لا يجوز
فكذا اذا دخل المسلم ارض الحرب وعلل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المشروط بعقد البيع ولابي حنيفة
ومحمد ما روي عن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن

الحسن

الحسن ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من اخذه لعقد الامان
حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي خطر لاجله فوله بخلاف المستأمن جواب عن قياسهما
وتقريره ان المستأمن منهم في دارنا لا يحل لاحد اخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل ماله
بعد انقضاء المدة

باب الحقوق

قيل كان من حق
مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير
المرتب فيما هو من مسائل وهناك هكذا وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل
البيوع **قال** ومن اشترى منزلا فوقه منزل ذكر ثلثة اسماء المنزل والبيت والدار وفسره
ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه فالدار اسم لما
ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب
قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب فاذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد
الا ان يشتريه ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلث لم يدخل الاعلى ومن اشترى بان يقول بكل حق
هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلث
لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف وهذا لان الدار
لما كان اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت لما يبات
فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان
له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع
لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناولهما والافراد وفرض المسئلة في معلوم ولا مع لوازمه
وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناولها ولا عارية المستعير اصلا ولا تبعا ولا اصالة وانما
ملك الاجارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل
حذار وقوع التغيير والمكاتب لما احق لمكاسبه كان احق بتصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابة
عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه
بالدار يدخل العلو فيه بتعاقد ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في
ذلك جميعه ان الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن
له مدخل في الدليل ويقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال
من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه
من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على
الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون
السدة التي فوق الباب الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند ابي حنيفة لانه مبني على هواء الحق فاخذ حكمه
وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه
الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لانه جعل المفتح في الدار **قال**
ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا • ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر
احدى العبارات المذكورة وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود ولكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول
ودخل بذكر التوابع اي بكل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب
في استيجار الاراضي ولم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به
في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق

باب الحقوق

او المستاجر اذ المستاجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستاجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به فى الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشترى يشترى الطريق والشرب والمسيل عادة ووجد الضمير لكل واحد وبنا ويل المذكور وقد يستاجرهما ايضا وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة المطلوبة والله تعالى اعلم

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التى بينهما لفظا ومعنى **قال** ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر المشترى بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة فى حق الناس كافة ولهذا اذا قامها ولم تجز البيع يرجع المشترى بالثمن على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها ويتفرع منها وهى مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهى تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشترى على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون له يعنى اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر له كذا فى النهاية نقلا عن التمرتاشى ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد فى القضاء بالام تبعا ام لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستقلا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضى بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان فى يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد **قال** ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد لرجل لآخر اشترنى فانى عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما ان يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان كان الاول فليس له على العبد شىء وان كان الثانى رجع المشترى على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اشترنى او قال ذلك ولم يقل انى عبد ليس على العبد شىء فى قولهم وان قال ارتهنى فانى عبد فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال اى سواء كان الراهن حاضرا او غائبا غيبة كانت وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يرجع على العبد فى البيع والرهن لان الرجوع فى هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شىء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبى ذلك او قال ارتهنى فانى عبد وهى المسئلة الثانية ولهما ان المشترى اعتمد فى شرائه على امره بقوله اشترنى واقراره بالعبودية بقوله فانى عبد اذ القول قوله فى الحرية فيحين اقر بالعبودية غلب على ظن المشترى بذلك والمعتمد على الشىء بامر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما فى المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدى قد اذنت له فى التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع فى عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه **قال** والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما من قوله اذ المشترى شرع فى الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اقتصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سال غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاخذه اللصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه يكون مغررا فى غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه وذلك لانه يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا لا

براس

براس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معا وضة لا يجعل الامر به ضمانا للسلامة بخلاف الاجنبى لانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور وترتيب وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابى حنيفة وهو ان الدعوى شرط فى حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعدما قال اشترنى فانى عبد اما ان يدعى الحرية او لا والاول تناقض والثانى ينتفى به شرط الحرية والجواب ان قول محمد رحمه الله فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان اراد الاول فله وجهان احدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود فيها شهدوا بانهم يحتاجون الى تعيين الام وفى ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما فى عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثانى ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا فى التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو وان اراد الثانى فله الوجه الثانى وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى فى العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لان فيما دونه امكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذى اثبتته المراة ببينتها قبل يوم او يومين واما فى الثلاث فلا يمكن ذلك وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المراة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامتهما البينة على ما ادعياه **قال** ومن ادعى حقا مجهولا فى دار ومن ادعى حقا فى دار بيد رجل فصالحه الذى فى يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشىء لان للمدعى ان يقول دعواى فى هذا الباقى وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شىء رجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم يسلم فيقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا يفضى الى المنازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق فى الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ يصح وتقبل البينه

فصل فى بيع الفضولى

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولى صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكى ومن باعه بغير اذنى فهو عين بيع الفضولى والفضولى بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولى وهو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ **قال** ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد فى رواية وقال الشافعى فى الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن شرعية ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله فى محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك فمن قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع فى ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا فالمناسب افادة حكما موقوفا كما ان السبب البات افاد حكما باتا او ان السبب انما يلغوا اذا خلا عن الحكم واما اذا تاخر فلا كما فى البيع بشرط الخيار واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم لافادة الملك للعاقد فى المحل لا تنعدم المالية والتقوم الا ترى

انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لايجعل غير المحل محلا واما وجوب القول بانعقاده فلان الحكم
عند تحقق المقتضي لايمتنع الا لمانع منتف لان المانع هو الضرر ولاضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين
اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما
الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغا واما المشتري فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع
فان قيل القدرة بالملك اوبالاذن ولم يوجد اجاب عن ذلك بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة
لان العاقل ياذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك
مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لاتبع ماليس عندك ولذلك العجز عن التسليم الاترى ان بيع
الابق والطير في الهوى لايجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لاتبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف
الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا تناول له لموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل
على ذلك ماروى الكرخي في اول كتاب الوكالة قال بنا ابراهيم قال بنا محمد بن ميمون الخياط قال بنا سفيان
عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحي عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري به
اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان
لو اشترى ترابا ربح فيه لايقال عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشرى لانه دعوى بلا دليل اذ لايمكن اثباته
بغير نقل والمنقول انه عليه السلام امره ان يشتري له اضحية ولو كان النقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شرا
الفضولي كبيعه اولا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال
الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على
هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين
لاجل فلان فقال اشتريت لايتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا
فلا وجه الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم
يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضى الغير والى هذا الوجه اشار المصنف
بعد بقوله والشرا لايتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين
كالدراهم والدنانير والفلوس والكيل والوزن الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بثمن عين فان كان الاول
فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكرنا ان
الاجازة تصرف في العقد فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة
كالوكالة السابقة ويكون البايع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج
الى قيام خمسة اشيا ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد
بان ينقد البايع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعوض الثمن مملوك
له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن لان الثمن اذا كان عرضا صار البايع من وجه مشتريا والشرا
اذا وجد نفاذا على العاقد لايتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذا الكل من الفضولي والمشتري لان
حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يخرج عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة انفسخ
ولو هلك المالك باطل لان الحقوق لاترجع اليه وهو معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت
المراة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لاينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينا
او عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره واشكل بما اذا تزوجت امة لرجل فوطيها بغير
اذنه فمات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية
يتوقف عملها على اجازة الوارث واجيب بان توقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا

لم يظهر

لم يظهر الوارث حل باب للوطء موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث
حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود
والعدم جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال
لايصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان
قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقا راجح اذ الاصل البقا مالم يتيقن بالمزيل فههنا لم يتيقن اجيب
بان الاستصحاب حجة دافعة لامثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشرا فلا
يصلح فيه حجة **قال** ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قبل جرت المحاورة في هذه
المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف مارويت لك عن ابي
حنيفة ان العتق جايز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جايز وصورتها ما ذكره
في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المالك البيع فالعتق جايز استحسانا وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لايجوز لانه لاعتق بدون الملك لقوله صلى الله عليه وسلم لاعتق فيما
لم يملكه ابن ادم ولاملك ههنا لان الموقوف لايفيد الملك في الحال وما يثبت في الاخرة فهو مستند وهو ثابت
من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق اذ المصحح له هو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ما روينا ولا
يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جايز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل واستوضح
المصنف بفروع تونس ذلك وهو قوله ولهذا لايصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان وهو راجع الى قوله
لانه لاعتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري في الخيار للبايع ثم يجيز البايع وهو راجع الى قوله
والموقوف لايفيد الملك وقوله وكذا لايصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من
الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لاينفذ هذا البيع فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا من
العتق الا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسرع نفوذا
فلان لاينفذ غيره اولى **قوله** وكذا لايصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما
ان الملك فيه يثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه يثبت
فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولانتفا المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم
واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف
وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضي الديون بعد ذلك بجامع
كونه اعتاقا في ملك موقوف وهذا ابعد الاول ذكره المصنف للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار
وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا اخرج جواب محمد عن المسايل المذكورة
فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب ليس بموضوع لافادة الملك قال في النهاية وهذا التعليل
لايتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب ان لاينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك
كما لاينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن
وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال هذا بخلاف ما اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند حكم الملك لاحقيقة
الملك ولهذا لايستحق الزوايد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا
الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوايد المتصلة ولو قد زيد كلام المصنف مضافا
اي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لايحتاج الى ملك بل يكفي
فيه حكم الملك والغصب يفيده قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبايع جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار
ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اي بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه

سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله ٭
وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبايع ملك
بات فاذا طرى على ملك موقوف لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل
واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا
وان طرا الملك الذي ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو
موقوف الثاني ان طرو الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الوقوف لان الدفع
اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك بات فكان يجب ان يمنع بيع الفضولي
وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق
المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما
يكون بعد الوجود اما المالك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا
ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي
الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرو الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طاريا حتى
يتوجه السؤال **وقوله** اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى
الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال
ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى قال المصنف وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري
يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا يستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يملكه من جهته فلهذا
قلنا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا حقيقة
فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد **قال** واذا قطعت يد العبد ٭ اذا قطعت
يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع
المالك البايع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشرا لان سبب الملك
هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا امتنع بالاجازة
ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه
فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع اخذ
جميع ما معها لان ملكه قد بقي متقررا فيها والكسب والارش ذان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال
لامراة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية
لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف
وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل
تصرف توقف حكمه على شيء ان يجعل معلقا بالشرط لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب
متاخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الوجود من
الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد الان فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه اي كون
الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن للمشتري شيء من
الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر لمحمد
له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق
فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبايع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري
لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق فانه لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبايع على ما مر وهو قوله

وبخلاف

وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيل هذا
الاعتاق يتعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد
الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله على ما مر
اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا اقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في
ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه
هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك ثابت
يوم قطع اليد مستند الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي
ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم
يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع
وانما يثبت بطريق الاسناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على
الاعتبارين **قال** فان باعه المشتري من اخر يعني ان باع المشتري من الغاصب من غصبه من اخر ثم
اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات والملك البات اذا
طرا على ملك موقوف لغيره ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم اعتبار الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد
به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان
لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع
الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرور يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز
الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فيرجح لان الصحة في العقود اصل فتعارضه على ان اعتبار الغرر مطلقا
يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع اصلا لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك
المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فلم يعارضه اذ المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا
اخر فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح فان لم يبعه المشتري فمات في يده او
قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز
بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت او القتل لامتناع ايجاب
البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل لان ملكه
ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ
لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري
بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري **قال** ومن باع عبد غيره بغير امره ٭ رجل باع
عبد رجل بغير امره فقال المشتري ارد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البايع ذلك فاقام المشتري
البينة ان رب العبد او البايع اقر انه لم يامر البايع ببيعه لا تقبل بينته لانها تبنى على صحة الدعوى فان صح الدعوى
صح البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشرى وان المبيع ملك
البايع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشرا وان البايع لم يملك البيع فحصل التناقض
المبطل للدعوى المستلزم صحتها لقبول البينة وان اقر البايع بذلك اي بانه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب
المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا ترى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار
حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المصنف
مسألة الزيادات نقضا على مسألة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له
وصدقه المشتري على ذلك ثم اقام البينة على البايع انه اقر بان المبيع لهذا المستحق يقبل بينته وان تناقض في دعواه

ه فلم ينفذه بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه لا يؤثر فيه الغرر الا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ م ٥

قال وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسألة اي في مسألة الجامع
الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع
بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي مسألة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت
له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسألة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد
المشتري ولئن سلمناه انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان
المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم يقبل للتناقض وفي مسألة الزيادات
اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى
هذا العذر اني تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون
المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الاحرار ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل
البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه
وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى بان يجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد
اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة
واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسألة الجامع
الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا
اليه **قال** ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصة دار غيره بغير امره وادخلها المشتري في
بنائه قبل تعني فيخها وانما قيد بالادخال في البناء اتفاقا لم يضمن البائع اي قيمة الدار عند ابي حنيفة وابي يوسف
اخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهو مسألة غصب العقار على ما سياتي ان شاء الله تعالى والله اعلم

باب السلم

لما فرغ من انواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه
ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في
اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل باجل قيل هو بالمعنى اللغوي
الا ان في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى
وليس بسلم ولو قيل بيع اجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لاخر اسلمت
اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الاخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والاخر المسلم اليه ولو
صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازه سنذكره في اثناء كلامه ان شاء الله تعالى
قال السلم عقد مشروع بالكتاب دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها
الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله
مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما وجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول اية في كتابه وتلا قوله
تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم الاية فان قيل الاستدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ
يتناوله فكان الاستدلال به **قوله** والمضمون صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها
النبيون الذين اسلموا ومعناه الواجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم اذ
المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص قوله وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في المكيلات
والموزونات لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم

والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي
الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود
السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه بالمكيلات والموزونات والمراد بالموزونات
غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون
باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود
للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش رحمهما الله وهذا الاختلاف فيما اسلم حنطة
او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير لتمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على الحاقه
مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في
دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في
المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يمكن تصحيحه لانه لا يكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه
فيه فلا يكون صحيحا **قال** وكذا في المذروعات لانه قد يمكن ضبطها به اي ويجوز السلم في المكيلات
والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط
الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بها وعلى هذا التقدير يسقط ما قيل النص انما يلحق بغيره
دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم من
وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية
الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها
قوله لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث
فبقي ما وراءها تحت قوله لا تبع فالجواب انا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرط له وهو
ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات
المتقاربة وهي التي لا تتفاوت احادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف
مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون والكبير
والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما باع جوز بفلس واخر بفلسين وكذلك البيض بخلاف
البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا فصار كالضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت
تفاوت الاحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف ويؤيد ذلك ما روي عن ابي
حنيفة رضي الله عنه ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها
اي في المعدود والمتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز
عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد واخرى بالكيل فامكن الضبط
بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا **قوله** وكذا في
الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد
وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف واما عند محمد فلا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان
الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا بطلت
الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسألة بيع الفلس بالفلسين
ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو
ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما
فعاد مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز اذ الاقدام على البيع

لا يقتضي ابطال الاصطلاح في حقهما فيبقى ثمنا كما كان وقد بيع الواحد بالاثنين **قال** ولا يجوز السلم
في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز بلا خلاف
والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع
كالبخت والعراب والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان
النبي صلى الله عليه وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عليه
السلام استقرض بكرا فقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف
التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون الفرسان متساويين
في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المانعة لوضع الاسباب
بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان
قبل نزول اية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام
فنقل الالات كان من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله
عليه وسلم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله
وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمام
التي تؤكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان جواز عدم السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز
في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال
النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع هو الموصوف منه فلا يتناول محل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر في
اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب
في قلائص معلومة فقال ابن مسعود رضي الله عنه اردد مالنا ولا تسلموا اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه
مطلقا لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المصنف تسامح لان الدليل المذكور بقوله
ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما
الدليل على ذلك فهو السنة **قال** ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان
كالاكارع والرؤس والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولا
في جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزنا
لقيده عددا لان معناه انه عددي بحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة
وان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء الجهالة والمنازعة حينئذ ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من
حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا بضم الجيم بعدها راء مفتوحة
وزاي وهو القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر
او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه
موجودا به وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة
اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا
او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيهما والاول جائز بالاتفاق
والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق
والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعي له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة
على التسليم حال وجوبه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي
فانه عليه السلام شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما تكون بالتحصيل

فلابد

فلابد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع هو الذي لا يوجد في سوقه الذي يباع
فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان العاقد
موجودا كفى مؤنته الحدثية واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز اجيب بان
القدرة انما تكون موجودة اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم
عقيبه وفي ذلك شك ورد بان الحيوة ثابتة فيبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك الثقة بها ثابت
فيبقى فان قيل يشكل بالكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك قوله
ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار
ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طار على شرف الزوال فصار
كاباق المبيع قبل القبض في بقاء العقد والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة
وهو باق ببقائها كالعبد الابق وفي قوله العجز الطاري على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر عن قياسه
المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم
اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا والله اعلم
قال ويجوز السلم في السمك المالح السلم في السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت ووزنا
اما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر
والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري فان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير
حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم
الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال
ليس بظاهر فيه فصار كالصغار وقيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد
الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز • بصرية تزوجت بصريا • يطعمها المالح والطريا • لانه مولد لا يوثق
بلغته قال الامام الزرنوجي كفى بذلك حجة للفقهاء **قال** ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق
النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقالا
اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز
ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل قال قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب
بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله تامل لانه
ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره
ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم
في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل
لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كذا ذكره شيخ الاسلام
وهذا يقوي وجه السائل ولابي حنيفة طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود
وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا ترى انه يجري المماكسة بين البائع والمشتري
في ذلك بالتدسيس والنزع فكان المقصود مجهولا يفضي الى المنازعة ولا يرتفع ببيان الموضع والوزن وهذا
يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن الشجاع والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد
الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا
يدري انه عند المحل على اي وصف يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا يرتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم
جوازه في منزوع العظم وهذا هو الاصح **قال** والتضمين بالمثل جواب عن قوله ولهذا يضمن بالمثل

بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لانه فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض تعالى يعني ان الاستقرا من
حال المقبوض فلا تفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه تعرف بالوصف ولا يرتفع به الجهالة ولا يكتفى به والله اعلم
قال ولا يجوز السلم الا موجلا • السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي استدل باطلاق
رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه السلام الى اجل معلوم لما نذكره ولنا قوله عليه
السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط
اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما موجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق
مقيد ليحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل
والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم
ان كان موجلا فالجواب ان قضية الفعل كفت مونة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن
لا يلزم من حمل المحذور تقديره لضرورة حمله لا للضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يفاد العمل بالدليلين
ضرورة فيحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة
ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فليتامل ولان السلم شرع رخصة
لرفع حاجة المفاليس والقياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك فلابد وان يثبت على وجه
تندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم حالا ليس كذلك لان دفع الحاجة بعينه الحاجة والمسلم
اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة اليه فلا دفع فلا رخص فبقي على الثاني
وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل المسلم والا لادى الى النزاع المحوج المفلس وعاد على موضعه بالنقض فان
قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما جاز لمن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى الثمنين وهو
دليل على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبنى عليه هذه الرخصة
كما في رخصة المسافر **قال** ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لابد من كونه
معلوما بما رويناه والمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذاك يؤديه
الى بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادنى شهر استدلالا بمسألة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه
قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام وهو
ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمة بيان
اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والموجل ما يتاخر قبضه
عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل
المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان **قال** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه • لا يصح السلم بمكيال
رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره ولان التسليم في السلم متاخر فربما يضيع المكيال والذراع
فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم المقدار والذراع كذلك او باع بذلك الاناء المجهول
القدر يدا بيد لا باس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر بعينه في اول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف
مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد
او خزف او خشب او نحوها اما اذا كان مما يكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاي لان فعليلا بفتح الفا ليس من ابنيتهم
والجوالق والغرار والجوالق فانه لا يجوز الا فيما به الى المنازعة الا ان ابا يوسف استحسن في قرب الماء وهو ان
المشتري من سقا كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء النيل للتعامل **قال** ولا في طعام قرية بعينها
او نخلة بعينها وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض افة
موهوم فيتنعى القدرة على التسليم اشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمرة فلان

اما من

اما من ثمرة حائط فلان فلا ارايت لو اذهب الله الثمرة بما يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا
بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها **قوله** بما ذا اخيه اراد به راس المال اي لو لم تحصل الثمرة
فباي طريق تحل راس المال للمسلم اليه ولو كان النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة
التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشراني ببخاري والبساخي بفرغانة جاز العقد فان
تعيين الخشراني على ليس باعتبار ان تكون الحنطة منه لبن الابل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة
الخشراني وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي في
جواز الثاني دون الاول بان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي
ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على
تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت بارض هراة وما نبت
في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة وكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان
الصفة عاد كالاول **قال** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط جواز السلم
موقوف على وجود سبعة شرائط عند ابي حنيفة وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس
معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي
سقيها السما لانها مبخوسة الحظ من الما وصفة معلومة جيد او رديء ومقدار معلوم عشرة اكرار بمكيال معروف
او عشرين رطلا واجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم
الى اخره ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار راس المال
ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل بفتح
الحاء ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج الى حمله الى ظهر او اجرة حمال فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة وهو
المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لهما قالا في المسالة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن
والاجرة يعني اذا جعل المكيل او الموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما
فكذا ينبغي ان يكتفى بالاشارة في المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان راس المال ثوبا فان الاشارة فيه
تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره
لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر راس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس
المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن
مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما
يستلزمها فالذي اوربما وجه اخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حينئذ
الا راس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر فيه فيما بني على الرخص
اجاب المصنف بان الموهوم في هذا العقد كالمحقق لشرعه مع المنافي او القياس يخالفه الا ترى انه لو اسلم بمكيال
رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول من ادنى الاجل اكثر من نصف يوم فان
قيل في هذا اعتبار النازل عن الشبهة لان وجود بعض راس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك
وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس ايضا محتمل والمعتبر هي دون النازل
عنها فالجواب ما تقدم ان المعنى من الموهوم هو ذاك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا منها مبني على وجوده
زيفا والاول اظهر **قوله** بخلاف الثوب جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا
يتعلق العقد على مقداره لان الذرع في الثوب المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة
مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما تعلق العقد على مقداره

فكان فيما سامح الفارق ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن
والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار راس المال ما اذا اسلم مائة
في كر حنطة وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة لان المائة تنقسم على الحنطة
والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار راس المال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز
لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت اذا اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما
دون الاخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصة
الاخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة وفي المسألة الثانية
ان مكان العقد يتعين في الايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة او عين
بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه مكان اخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك متعين كاول اوقات
الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب
في تعيين مكانهما للتسليم وتوقف فيما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد ان المشتري ان كان يعلم موضع
الطعام فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين
لبطل العقد ببيان مكان اخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده
اشتراها في المصر او خارجه بحنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان
المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا الحضوره
وفيه نظر لان فيه تقييدا لم يذكر في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة اذا جاء
صريح يخالفها ابطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة ان
التسليم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان
العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا
على وفق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها
يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه فان قيل ارايت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر اكان يتعين موضع العقد
للتسليم عند حلول الاجل هذا مما يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم
اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في الاختلاف باختلافهما فلا بد من البيان وعن هذا اي عما ذكرنا
ان جهالة المكان كجهالة الوصف قال ومن قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف
في الجودة والرداءة في احد البدلين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما موجبه
لان تعيين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم
يكن من مقتضاه صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الاختلاف في الثمن والاجرة والقسمة
وصورة الثمن اشترى شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط
ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو اختيار شمس الائمة لان الثمن مثل الاجرة
وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استاجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة
يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة تسليمها في مكان تسليمها
وصورة القسمة اقتسما دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا او موزونا موصوفا
في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال وما لم يكن له حمل
ومؤونة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء • قد تقدم بيان ما له حمل ومؤونة فيعلم من ذلك ما لم يكن له

حمل

حمل ومؤونة وقيل ما لم يكن له حمل ومؤونة هو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما
يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة واكثر هل
يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل يتعين لانه موضع الالتزام
فيرجح على غيره وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء والمالية لا تختلف
بالاماكن فيه قوله ولا وجوب في الحال جواب عما قالا يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم
يقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بقابله
مؤونة ولا يختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم امن خطر الطريق ولو عين
المصر فيما له حمل ومؤونة يكتفى به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكر من انه لا يختلف فيه باختلاف
المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان
فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحيه منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال
ولا يصح حتى يقبض راس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض راس المال في مكان
العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يفترقا
عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان راس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف
ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم
لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود ثبتت احكامها مما يقتضيه اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان
والقياس جوازه لان العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم
ولانه لا بد له من تسليم راس المال ليتقلب اي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اي ولاشتراط
القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا
من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني
ولكن الاشبه في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين
وما اخذه عين فلو رد المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى واذا لم
يفد فائدته لا يجوز اثباته وفي العين يفيد فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عينا وله العقد
ينفسخ قيل فيه اشكال لان احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به راس المال والمسلم فيه لا سبيل الى الاول
لان خيار الرؤية ثابت في راس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم والى الثاني لانتفاء التقريب لانه
في بيان اشتراط قبض راس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له فكان اجنبيا والثاني
ان المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول ان يعود للمسلم فيه وذكره
استطرادا ويجوز ان يعود الى راس المال وهو ان كان دينا لا تنسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان
لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما يجيء
الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود
وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو اما ان يكون راس المال قائما او لا فان
كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه براس مال هو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر لان
البقاء اسهل من الابتداء والجواب انه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر رحمه الله
وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر
رحمه الله قال وجملة الشروط جمعوها جمع المشايخ جملة شروط السلم في اعلام راس المال

وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي الأجل
المسلم فيه وهو مشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى اجل معلوم وقد
تقدم وبيان مقداره وفي بيان مكان الايفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم
مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء اطلق
المائتين ابتداء او اضاف احديهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع
الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا اما اذا اطلق فظاهر لان ما به من رأس المال فصار قصاصا بالدين
فلا اشكال في طروه كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طاريا واما اذا اضاف
الى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود
اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا
ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم جائزا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله مائة منها دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها
ليست بما في ذمتهما **قال** ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في رأس
المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية ونحوها
فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فرأس المال ان كان مثليا
جاز ان يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشرك شخصا آخر في
المسلم فيه ولا التولية وصورتهما ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد ما دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من المرابحة
والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه يولي غيره ما تولى فان
فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك يعني حالة الايفاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة
بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة
فلا بد من جعل رأس المال مبيعا لورود العقد عليه والا كان ما فرضناه بيعا لم يكن مبيعا هذا خلف باطل وهو صالح
لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد
السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف قبل
القبض فكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء اجاب بقوله
لانه اي لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير
وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة وان ثبت بالتشبيه وهو ان اشتراط
القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط فيه القبض
والشامل يغني عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد
لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في معرض الدليل على
انقلابه معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي رأس مال لوجب كان ادق على طريقه **قوله** في اول الكتاب
ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم بهن فلول من قراع الكتائب
وقوله وفيه اي وفي جعل رأس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر رحمه الله هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار دينا
في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال في قوله سائر الديون جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرنا من الحديث والمعقول
قال ومن اسلم في كر رجل اسلم في كر من الحنطة وهو ... فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه

من رجل

من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال
المسلم اليه وان امره ان يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط
الكيل الاولى صفقة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفقته مع رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم
عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال
فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين **قوله** والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم
اليه مع رب السلم كان سابقا على شرى المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلم تتحقق الصفقة الثانية
ليدخل تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع
لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال
ضرورة فلا يتعدى فبقي فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار
الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكر ففعل جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة
ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري
غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر
رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد **قال** ومن اسلم في كر رجل اسلم في كر فامر رب السلم ان
يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو اي رب السلم غائب ولم يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قبضا
فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر
وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه
كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال اجعلها
ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار
البائع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله
الا ترى توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا امره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امره
ان يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة
الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما صح امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح
ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البيع نائب عنه في الكيل فان قيل البائع مسلم فكيف
يكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما وانما
قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربوا ولو امر المشتري البائع ان يكيله في غرائر
البائع ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض **قال** ولو اجتمع الدين والعين صورته
رجل اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين اي المسلم
اليه والعين وهو المشتري فلا يخلو البائع من ان يجعل فيها اولا الدين او العين فان كان الثاني صار المشتري
قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر ورد بانه لا يصلح نائبا
عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك رضا واجيب بانه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا واما الدين فلاتصاله
بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه
وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والصبغ اتصلا
بملك المستأجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا
فلا يكون قابضا وان كان الاول لم يصر اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين

لانه استعار غرائره ولم يقبضها
فلا يصير الغرائر في يده لان الاستعارة فيها
تبرع فلا تتم بدون القبض فلذا لما وقع
وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية
من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم
يصر المشتري قابضا

لانه العين وهذا ايمن قال لكان المامور بجعله في الغرار متصرفا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الامر واما
العين فلانه خلطه بماله قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة فينفسخ العقد فان قيل الخلط باذن المشتري فلا
ينقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يعتبر الامر به فايضا هو الذي
كان ماذونا به وفي عبارة المصنف تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزما واستدل بقوله يجوز ان يكون مراده
البداية بالعين فيكون الدليل اعم من المدعي ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة المبالغة كانه
قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله يجوز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ
البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما **قال** ومن اسلم
جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم
اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كان الاقالة صحيحة لانها
تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه هو المسلم فيه فتصح الاقالة حالة بقائه واذا صح ابتداء صح ابقاء لان
البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها
وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين كان قائما فلا يرد ما قيل ان الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة
فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما تفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية
بالدراهم حتى بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء واما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح والله اعلم
قال ومن اسلم الى رجل اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه
كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو ينكر ما يضره كان القول قوله ان ادعى الصحة وقد اتفقا
على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى
هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول
قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة فكان القول لمن يشهد
الظاهر له لانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لم يصح بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد
على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم اليه وقول من يشهد له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث
لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة
سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه
السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب
ان الناس مع وفور عقلهم وشدة غرزهم عن الغبن في المبايعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على
السلم مع استيفائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك اقوى دليل على ربا المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار
للمعاني دون الصور فمنكر الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد
الوديعة واذا انعكست المسألة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير
والمتاخرون من المشايخ فالواجب ان يقول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا
وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة **قوله** وسنقرره من بعد يريد به ما نذكره بعده
بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانها تستعمل للبعد والمطابق يقرره ولو قال المسلم اليه
لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه
وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على راس
المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان
الاجتهاد فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد راس المال فلا يكون

النفع

النفع برد راس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسألة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان رب
المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عنده وصفها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين ان ثبت ذلك وليس يطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي
المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله
وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق
الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان السلم
عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد اخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا من
الوجهين احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام لشرائطه
بشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وكان
انكارا بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فانها اذا فسدت
صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد اخر
خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود
لوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف
فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان
المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال
وهو منكر والقول وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا اخر وعن غيرها
بغير اللزوم لانقلابه عقدا اخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال
شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب
ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور
كان مبنيا على امتناع ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وردا عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله
شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف
يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات
وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب
ومحمد المقل دموعه **قال** ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة
يقال رقعة الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم في الثياب وان كان ثوب حرير
وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لابد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول
والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما اتى وقت حلول الاجل بقطعة حرير بذلك الوزن
وليس ذلك بمراد لا محالة واما في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن
في الوذاري والزندنيجي وما يختلف بالثقل والخفة **قال** ولا يجوز السلم في الجواهر العددي
الذي يتفاوت احاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي
الذي لا يتفاوت احاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم
لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية ولا بأس بالسلم في اللبن والاجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا
لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية الا لانه اذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط
الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب **قال** وكل ما امكن ضبطه بصفته ومعرفة مقداره جاز
السلم فيه هذه قاعدة كلية تشتمل على جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه

قيل فيه بحث لانه ذكر في الاصول في مسئلة نكاح الاختين [illegible] اذا قال المعتق [illegible] نكاح هذه [illegible] فانه يتوقف اوله على اخره لوجود المغير في اخره وان كان [illegible] العطف [illegible] المغير فان قوله وزيادة عشرة مغير لقوله شرطت لك نصف الربح فينبغي ان يتوقف [illegible]

عليهما فقال وما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس
بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعده بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها
والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفه ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم
منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وحينئذ كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان
ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعده على الفروع يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة
المسايل الجزئية فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا باس بالسلم في طست او قمقم
او خفين او نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرايط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز خير فينتفي

قال وان استصنع الاستصناع هو ان يجي انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيا صورته
كذا وقدره كذا وكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضه او لا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون
فيما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم وخفين اولا والثاني
لا يجوز قياسا واستحسانا كما يجي والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم
يضرب له اجل اليه اشار بقوله بغير اجل ووجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في ساير
الاعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة
فانه فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفه رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول
دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا
رحمهم الله وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا اثبت لكل
واحد منهما الخيار ووجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الروية وذكر القياس والاستحسان
ولانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحايك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط
ان يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما الخيار وهو بيع محض
لا محاله فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر
موجودا حكما كالناسي للتسميه عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر وجواز الصلوة النسيان والطهارة
للمستحاضة جعلت موجوده لعذر جواز الصلوة لئلا يتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل
موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع
اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء مفروغا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز
وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول ان المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل
وعورض بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد المتعاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكر في جامع قاضي خان واجيب
بان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وانه هو العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود
منه العين المستصنع فلشبهه بالاجاره من حيث ان فيه طلب الصنع قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو
المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الروية ولم نوجب التعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع
فان قيل اي لا فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل كما في الاستصناع وذلك اجارة محضه اجيب
بان الصبغ اصل والصبغ آلة فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل من غير المستاجر وههنا
الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل اشبه
الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باع الصانع قبل ان يراه المستصنع
جاز وهذا كله اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العدم وعدم تعينه الا باختياره

هو

هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منهما على خلاف ذلك قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان
شاء تركه المستصنع بعد الروية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك
فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بايع باع ما لم يره ومن هو كذلك
لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك
دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن ابي يوسف انه لا
خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله
فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا ترى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم ياخذه
فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضا على ظن
ان المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك الجهل منه وهو لا يصلح عذرا في
دار الاسلام اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا ولا يجب على كل واحد من المسلمين
في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرايض التي لا بد لاقامة
الدين منها لا في اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة ثم بلغت
فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان لها الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع
انه ليس من الفرايض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب
والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة احتراز
عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل
فيما لا تعامل فيه فانه يعتبر سلما بالاتفاق والمراد بذكر الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل
الاستعجال مثل ان قال على ان يفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير المطالبة
بالتسليم ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلما وان كان
من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرايط السلم المذكورة ولهما انه
الخلاف ان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان
يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع
فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا
شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم
ثابت بالكتاب والسنة والسنة دون الاستصناع

مسايل منثورة

اي هذه مسايل منثورة من كتاب البيوع نثرت عن ابوابها ولم تذكر ثمه فاستدركت بذكرها ههنا والله اعلم

قال ويجوز بيع الفهد والكلب والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جايز معلما كان او غير
معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع
لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير اصطياد فان كل كلب
يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن
ابي يوسف انه بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وامر
بقتله فلما كان قبل ورد رخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية او للزرع وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب
لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل
وترك التاء الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سورة فانه يتولد من اللحم

وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة
فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب الصيد او الماشية وهي التي تحرس المواشي
واعترض بان الدليل اخص من المدلول المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب
الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكره لابطال عموم العدم الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فثابت
بحديث ذكر في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما
من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو
ابن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع
كما ترى وقيل الاسد لا يدل على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني
ملحق به دلالة ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان
الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على ماليته كالادمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني
ان شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب نفع تبعا لملك العين
لا قصدا الى المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة
وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فثبت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة
لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة فيما عداه كاباحة لحمه حالة المخمصة واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع
ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها. قوله
والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي عن ابرهيم انه قال روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي البيع فانهم كانوا الفوا اقتناء
الكلاب ولهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب
فالحديث الذي رواه هو الذي كان ابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن
بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة. قوله ولا نسلم نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان
تمليكه في حالة الاحياء يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فتحريم التناول دون العين كالسرقين
عندنا على ما سيجي قوله ولا يجوز بيع الخمر والخنزير. بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني انه باطل. وتقدم وجوه
قال
مبيعا وثمنا ومما يترتب على ذلك في البيوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها
واكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان
يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان
يهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله
فقال
فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها
واكل ثمنها قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة
الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا يجوز نسيئة
ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا
في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم
ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما تبقى به انفسهم كالمسلمين ولا تبقى الانفس الا
بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون
مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما
اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله

حين

حين حضروا اليه وقال لهم ما هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخمر والخنزير فقال احد فانهم
يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قال ومن قال لغيره
بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شرى عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة
والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فجاء آخر وقال لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن
لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز
البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل المار ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا
وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف
مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا وقد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو
يساوي المبيع به ولهذا صار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المراة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه
على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقق المعاملة صورة وان فات معنى لتخرج عن حيز الحرمة فاذا قال من
الثمن وجد الشرط فيصح وان لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضمان من رشوة منه على البيع بما ليس من المال والرشوة
حرام لا يلزم بالضمان واعترض الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو
كانت خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري وتحمل عند الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان
اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والفكر في اصل المسئلة يغني عن هذه الاسولة
والجواب عنها ولا باس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السوال اذا كان لغموض فهم الكلام فجوابه تكراره وذلك انا
قد بينا ان فضول الثمن قد يستغني عن ان يقابل بالمال جزاء فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من
البدل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل ومثل ذلك
يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك بطل منع الزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه هو الاجنبي
فلا يتوجه الطلب على المشتري فظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابله شيء من المال فلا
يكون كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته
وقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل الاختلاف في امتناعه وقال ابن
عصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسة
بل الجر في المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسمائة قال ومن اشترى جارية
ولم يقبضها حتى زوجها رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح لوجود
سبب ولاية الانكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثمة مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل
القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا
لان الوطي لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطأها الزوج فليس اي مجرد التزويج قبضا
استحسانا وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان
التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري عيب المعقود عليه صار
قابضا كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي
استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير
اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضا قال ومن اشترى
عبدا رجل اشترى عبدا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه
لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا اقامها فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة او لا فان كان الاول
لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني

باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البايع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا
بحقه فيعتبر لذلك وهذا لان العبد في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان ممنوعا
ولو اقر به لغيره كما لا يصح عكس اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي
الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالرهن اما اذا مات فان المرتهن احق بالمرهون يباع في ذمته
ان تعذر الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع بثمنه
بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البايع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري
فيكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغايب ممتنع عندنا وفيه بحث من اوجه الاول ان اقامة البينة على الغايب
لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغايب مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع
قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث ان ذلك يفضي الى القضاء على الغايب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك
لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينه كما ذكرنا
لنفي التهمة لا للقضاء واما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني
بوجهين احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري
فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يعمل وكالة عنه واجيب بان ذلك وكالة
عنه حق البايع وقد يتسامح بتاخيره والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه
والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس قضاء على الغايب
وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون
ذلك وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع
هو اي يتبع البايع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا
نقده اجبر البايع على قبول نصيب الغايب وتسليم نصيب الغايب من العبد الى الحاضر واذا احضر الغايب فللحاضر
ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه
الله لا يجبر البايع على قبول نصيب الغايب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا
نصيبه مهاياة لا غير واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغايب اذا احضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على
ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه
وليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة وللبايع
له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن
وهو المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره
لاضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف
الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد نصيب صاحبه فالجواب ان
الاضطرار في حالة حضوره مفقود لامكان ان يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض
نصيبه من العبد بخلاف حالة غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استاجرا دارا فغاب
احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في
نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكره الامام التمرتاشي فاذا ثبت
له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشرا اذا قضى الثمن من ماله
نفسه على ما يجيء ومن اشترى جارية ٥ **قال** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة
رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة

مثقال

مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار يوجب الشركة
وليس الاول اولى به لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيد بالجودة او الرداءة او الوسط
لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا افرده محمد رحمه الله في الجامع
الصغير ببيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال
اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه يجب من
الذهب مثاقيل حملا به مثقال ومن الفضة دراهم حملا به درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف
في وزن الدراهم ولقابل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى المتعارف في البلد الذي وقع
فيه العقد **قال** ومن له على آخر عشرة دراهم جياد ٥ رجل له على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه
زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد ولان حقه في الوصف مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من
حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان
الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء
من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما
ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ
هو الاصل والغرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له في الشرع
واعترض بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وههنا يفيد فصار كعبد
المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني ان المقصود الاصلي هو
احياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه صوري فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفايدة ثمه انما هي للغرماء فكانه
تضمين الحق لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا واذا افرخ طير في
ارض رجل اذا افرخ طير في ارض رجل ولم يعدها لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها ظبي
وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث وكونه
يوخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيد به كصيد انكسر رجله في ارض انسان ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو
كسره احد فهو له والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه قوله وصاحب
الارض لم يعد ارضه لذلك اشارة الى انه لو اعدها بان حفرها للتفريخ فيها او بغير ذلك فيما يحتاط به كان له
واما اذا لم يعدها ففي كشبكة نصبت للجفاف فتعلق بها صيد فهو للآخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع
ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه اي تضمه الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل
في ارضه فان العسل لصاحبها لانه عد من انزاله اي من انزال الارض شيئا وبل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل
منه والفرق بينهما ان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كالشجر النابت فيها والتراب
المجتمع بجريان الماء بخلاف الصيد

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم مما يدل على تاخيره
عن السلم في اول السلم وسمي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف
هو النقل والرد لغة واما انه لا يطلب به الا الزيادة ويعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلها
من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب
فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فايدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته

قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا وقوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به
الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اي من كون الصرف هو الزيادة لغة
سميت العبادة النافلة صرفا قال صلى الله عليه وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو
الفرض سمي به لكونه اداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا وان لا يكون فيه
خيار ولا اجل وانواعه ثلثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالاخر **قال** فان
باع فضة بفضة فان باع رجل فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة
بان يكون احدهما اجود من الاخر او احسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث
والمراد به المماثلة في القدر لا في الوصف لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع
في باب الربوا احدث محمد في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن شريح عن انس بن مالك قال
اتي عمر بن الخطاب باناء فاخبروا اني قد احكمت صياغته فبعثني به لابيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك
لعمر فقال اما الزيادة فلا ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق يعني عوض الفرق قبل الافتراق بالابدان
واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك فلا
تنظره وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى وبالمعقول وهو انه لابد من قبض احدهما احترازا للعقد عن الكالي
بالكالي وذلك يستلزم قبض الاخر تحقيقا للمساواة نفيا لتحقق الربوا وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربوا قيل هو منصوب
بجواب النفي وهو قوله لابد **قوله** ولان احدهما ليس اولى من الاخر وتقريره ان احد العوضين ليس اولى من الاخر فيجب
قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر
لاطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره **قوله** ولانه
ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس
كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه عدم شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط
قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة
لان في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين
كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة
دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله عليه السلام يدا بيد لا بالشبهة لان
في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما
يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر
رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وقصته ما روي عن ابن جبلة قال سالت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة
بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان
وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المعنى اذا بين جواب ما سئل عنه لا باس بان يبين للسائل الطريق
المحصل للمقصود مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو منهي من تعليم الحيل وقد مشيا بجهة واحدة لانه
الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر من قبض راس مال السلم. **قوله**
بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها وان كان الى جهة واحدة
يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض
لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا
كتابيه. **قوله** فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا اصح في الفرق

بالقبض

بتعلق

يتعلق بقوله ولابد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات
شرط البقاء وهذا اصح بخلاف من قال ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما يكون بعد العقد
وما اجيب به بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من
حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في
المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه
كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فلذا اذا كان موجودا
حكما فعلى ما ترى فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرطا للبقاء ولهذا اي ولان الافتراق بلا قبض
مبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل بان يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على ان الخيار
ثلاثة ايام او قال الى شهر لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرقة
بين العبارتين ان في الخيار يتاخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد
ما ينافي القبض وذكر ما ينافي الشيء مفوت له كذا قيل فكانه راجع الى ان في الاول استحقاق فايت وفي الثاني القبض المستحق
شرعا فايت قوله الا اذا اسقط في المجلس يعني منهما ان كان الخيار لهما او ممن له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل
تقرره استحسانا خلافا لزفر وهو القياس وان اسقطا الاجل فكذلك وان اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح الفقه ورد في
مختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية
لا يثبت الا في العين لا في الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون
المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل
قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد
البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربا حرام حقا لله تعالى والقياس يقتضي جوازه كما نقل
عن زفر لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة
الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلاثة ولكنا نقول الثمن
في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولابد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس احدهما اولى بكونه مبيعا فيجعل
كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما تعالى في المقايضة
اعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة اتفاقا والمبيع وان كان كل واحد منهما مبيعا حقيقة
قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان الجعلية كالمكيلات
والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية **قوله** وليس من
ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان
المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط قيام الملك فيهما وقت
العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا زيد بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح واجيب
بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا
بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله **قال** ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف
الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء
وهو المعقول المتقدم مراده بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف العاقدان قدرهما
وكانا متساويين في الموزون في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل جنبه
موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله لانه لا سبيل الى ذلك

واما اذا اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد فان وزنا في المجلس وعلما في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز
لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر رحمه الله
اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع
والجواب ما قلنا ان المراد بهما ما هو ما علمها والله اعلم **قال** ومن باع جارية قيمتها الف
مثقال ومنه الجمع بين النقود وغيرها في المبيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية
قيمتها الف مثقال من الفضة وفي عنقها طوق الف مثقال فضة بالفي مثقال وتقابضا من الثمن الف مثقال ثم
افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن
الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريغا للذمة
كما اذا ترك سجدة صلاته ونوى ايضا ثم اتى بسجدتي السهو تنصرف احدى سجدتي السهو الى الصلبية وان لم ينوها لكن
الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد لثمن الطوق لان الاجل باطل
في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته
خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان
بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد ويذكر بهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
وانما يخرجان من احدهما فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال من ثمن السيف
وقال الاخر نعم او لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد او في
الاضافة ولا مساواة بعد تصريح من القول **قوله** ان المدفوع من ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا
بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم
بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه
امكن افراده بالبيع فصار كالطوق مع الجارية **قال** وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن ازيد
مما في المبيع تعميم للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة وكان ذكره مستغنيا عنه لكنه عمم الكلام ليبين
الاقسام الاخر وهي اربعة الاول ان يكون وزن المفرد ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان
مقدارها بمقابلتها والزائدة في مقابلة الغير فلا يفضي الى الربوا والثاني ان يكون وزن المفردة مثل المتضمنة وهو
غير جائز لانه ربوا لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان تكون المفردة اقل وهو واضح
والرابع ان لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وبه قالوا خلافا لزفر فان الاصل
هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب انه لا يدري يجوز في الواقع ان
يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعذر وجهة الفساد فترجحت واعترض
بان كل جهة منهما علة للفساد فلا يصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردري رحمه الله بان مراده انه اذا كان احدهما
يكفي للحكم فاطلقنا بما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة والله اعلم
قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن
دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط
بقاء العقد في بعض دون بعض فيصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في الاخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط
البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا لزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة
قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة **قال** ولو
استحق بعض الاناء في هذه المسئلة لو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بـ
حصته وان شاء رد لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان تعد عيبا لا تنقاصها بالتبعيض وكان ذلك

بعيبه

بعيب صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنعه وهو الافتراق لا عن قبض **قال**
وان باع قطعة نقرة المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى
الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او بفضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست
بعيب لان التبعيض لا يضر بخلاف الاناء **قال** ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز
البيع رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى
هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة والاصل فيها ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل
عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة له يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء
الثلاثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن
قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظه من جملة
الاخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا اي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز
وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد اخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة
لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما
لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع
في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع
دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز
الارادة فينبغي ان يكون مرادا اما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة
بكرين قسم لان الكر قابل الكر وفضل الاخر واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه
ولئن منع تعينه لذلك بامكان ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الاخر بمقابلة دينار من
الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الاخر قلنا هذا غلط لانا ما اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس
على اي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو اقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى
خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصف التصرف او اصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع من
الجواز والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار
هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير
وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب عن المسائل
المستشهد بها اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو
من ان يكون مراده انه تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم
في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا صرح بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في
وصفه واما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى
وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل
للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء
بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح
قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها
جنسين من الاموال الربوية وفي هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى وتكون العشرة بمثلها والدينار
بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البائع

قال ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجايز دون الفاسد ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون مما له قيمة او لا والاول اما ان تبلغ قيمته الفضة او لا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يبق بلا ما عوض فتحقق الربا وان كانت قيمته تبلغ الفضة او لا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان المركوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جايز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه يفضي الى ان يالف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لان وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزايد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المطلق وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط الربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان الظاهر فيها من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب والفضة الزايدة ليست بظاهرة **قوله** ومن كان له على اخر عشرة دراهم مسئلة بتبيين هذا بيع العقد بالدين وهو على ثلثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار وغاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ولا يشترط قبض الاخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد البدلين حصل الامن من خطر الهلاك فلو لم يقبض الاخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين بمعنى التاوي فلزم الربوا وهذا معه وقد قبض احدهما وهو الدينار لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بايع الدينار حيث ملكه له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعين احد البدلين بعد تعين الاخر للاحتراز عن الربوا ولا دين يسقط وانما هو دين في ذمة المطرية عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف الى العشرة الذي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا او لا فان كان الثاني لم يقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ان لا يقع وبه قال زفر رحمه الله لانه استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن يتعين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لانه ثمة من يصحح فلا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة الفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد وكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء الاصل بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه بحث من وجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي اذ ابتت النسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البايع بحكم الاقالة لان اقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف بقوله وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه وعن الثاني بان المقاصة بقبض قيام العقد وهو موجود لانهما لما ابطلا عقد الصرف صار كانهما عقدا عقدا جديدا افتسخ المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة ضمنية ثبتت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يقل بالربوا فهم في المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكري الابل بالبقيع الى

مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير او قال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا باس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حجة على زفر رحمه الله وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم ارادا ان يتقاصا ففيه روايتان في رواية ابي سليمان وهي اختيار فخر الاسلام وقال المصنف في اصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضي خان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة يتضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا ضم ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة بين العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوى هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم بالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف او يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينهما وبين الدين المقارن وهذا اوضح **قال** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة التي فيها قيراطا او طسوجا او حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة واما الثاني فان تصوره هنا في الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس **قال** واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهو دراهم الاصل ان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في الرديء والثاني ما يخلط للانطباع فانه بدونه ينفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا في الوزن وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري فالبيع فاسد وان كانت اكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس ومن في حكم فضة وصفر **قوله** ولكنه صرف جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يبق صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا واشتراط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر وهذا يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف ومشايخنا يريد به علماء ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة اي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل هو خال هرون الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه اي لو افتي بإباحته تدرجوا الى الذهب والفضة بالقياس ثم المعتبر في المعاملات بها المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد فبهما وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لانه لم يكن منصوصا عليها ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم

ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان
البيع يتعلق بالدراهم الرايجة في ذلك البلد الذي غلبها معاملات الناس دون المشار اليه وان كانت يقبلها البعض
دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البايع احاضة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم
تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد وترك الناس
المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف قيمته يوم
البيع وعند محمد اخر ما تعامل الناس بها والمصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد
او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج
في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها
لا يفسد لانه لا يهلك لكنه تعيب وكان للبايع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ
قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في
تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا
لاصطلاح الكل والكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي
الا انه تعذر التسليم بها الكساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع ولا يبطل العقد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك
اليوم ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا
ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال لا نسلم عنها وهو باق في تعذر الكساد
وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رايجة فهي ثبتت دينا في الذمة وبالكساد
ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب عليها الغش صفة المالية في الاعيان
ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو
الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في
الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك للثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى غيرها في ثاني الحال لان الكساد اصل وانما
اذا رجع الى اصله فلما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان
قايما وجب رده بعينه وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع
الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم
الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد واما اذا غلت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على
حاله ولا يتخير وبطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع **قال** ويجوز البيع بالفلوس البيع
بالفلوس جائز لانه مال معلوم قدره ووصفه وانما قال ذلك لكن اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف او الاشارة
اليه ثم انها اما ان تكون نافقة او كاسدة حالة العقد فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح
لها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم يفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز
البيع بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهي على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة
قبل نقدها عند ابي حنيفة بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في المبسوط
والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة
وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى
شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه لم يعجز الكساد الا العجز عن تسليم
والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا الظاهر قوله
عندنا وان ذلك على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر يمنعه لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا

الكساد

الكساد لا يوجب الفساد فجعله معتمدا ههنا يفضي الى التحكم الا اذا اظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم
اظفر بذلك **قال** ولو استقرض فلوسا فكسدت اي اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اي استقراض المثل اعارة كما ان اعارته كما قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه
معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فاتت
رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل وجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل لذلك لزم مبادلة
الشيء بجنسه نسية وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين
ان لو رد مثله حال كونه نافقا اجاب المصنف رحمه الله بان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص
به اي بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية ليست من القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه لجواز ان ينفك
القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض جائز في كل مكيل
او موزون او عددي متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد
فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار
اليها ما دام ممكنا وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد عنها في
معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد
على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف ومحمد فيمن غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف تجب
القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ويجيء وقول محمد انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابي حنيفة
يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض
اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته
يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وساير الناس وقيمة الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان
قوله ايسر **قال** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوسا جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف
درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس يعني لا نقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد
جاز ويجب عليه الوفا بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم او بقيراط فلوس
وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي تعد عددا وبنصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها
لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم
من الفلوس معلوما من حيث فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف بناء على كونه
معلوما وفصل محمد بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة
بالفلوس فيما دون الدرهم وكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف
لا سيما في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف **قال** ومن اعطى
صيرفيا درهما هذه ثلاث مسايل الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا
اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف
الدرهم بالفلوس فلا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربوا فلا يجوز وعلى قول
قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيبع كما اذا جمع بين عبد وحر
وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن ابي حنيفة والثانية ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة
بحالها والحكم ان العقد في حصة الفلوس جايز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الاخر كما
لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر فان البيع صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق
الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر اليماني وشيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا

ايضا وان كرر لفظ الاعطا لاتحاد الصفقه فان قوله اعطني مساومة وتكرارها لا تكرر البيع وهذا لان بذكر
المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكره
المساومة فكيف تكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف والثالثة ان يقول اعطني نصف درهم
فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدل لا عن نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق بينهما وبين الاولى انه لم يكرر لفظ
بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة
بمثله والباقي بازاء الفلوس قال المصنف وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم
فلوس ونصفا الا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر
المختصر قال ابو نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ ٥ والله تعالى اعلم ٥

كتاب الكفالة

عقب كتاب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة
انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا
اي ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفا ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة
الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح ولانه لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة وكما تصح
بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد
دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه
لما ملكه كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح تحقيقا
الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين

قال الكفالة ضربان ٥ الكفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالنفس جائزة
عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان
لا انقياد له لتسليمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان
امره بالكفالة لا يثبت عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال
من المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لانه ولاية على ماله نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لا يقال هو مشترك
الالزام لانه صلى الله عليه وسلم حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفالة بالنفس لا غرم فيها
لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به والله اعلم

قوله ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه
لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب
ويخلي بينه وبين او يستعين باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز
الكفالة بالنفس فلا يصح دليلا لقوله والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم
في المطالبة قد تحقق والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احيا حقوق العباد ماسة فلو بقي القول بعدم الجواز
الا تعنتا وعنادا **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان ٥ لما فرغ من انواع الكفالة شرع
في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان
او بجسده او ببدنه وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبراسه وبرقبته مثلا فان كلا منها مخصوص
بعضو خاص فلا يتناول الكل حقيقة لكنه يتناوله بطريق العرف ولذا اذا اعتبر بشايع كنصفه او ثلثه لان النفس الواحدة
في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها كما في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت

بيل

بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه تصريح
بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام
قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق
عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بها العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد
روينا فيه او قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه
التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف
وعلى هذا المعاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في
ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل بحبسه لعله ما دري لماذا يدعى
فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز او مع قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما
ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق
امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت
المطالبة عن الكفيل في الحال حتى يوقف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال
الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى مواضع معلومة للتجارة في موضع
كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن
ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه
وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا
يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب
اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة كالثابت معاينة **قال** واذا احضره وسلمه
في مكان اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر
برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود
فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس
القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي والمتاخرون
من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القاضي لا
يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على الاحضار
فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم حصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة
وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة
للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد تكون شهوده فيما عينه بالتسليم لا يفيد المقصود والجواب
ان شهوده كما يتوهم ان يكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الموهومات وبقي التسليم محققا
من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه
او ياخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في القرن الثالث وقد
شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق وكان الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة
وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر او في مصر اخر ثم تغير الحال
بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد التسليم
بالمصر الذي تكفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان
غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي

موضع

به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل
به قادر على الاتيان به **قال** وإذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة
بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما او موت احدهما مسقط لها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن
احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل واما اذا مات المكفول فلانه عجز عن تسليم
المكفول بنفسه لا محالة فان قيل فليؤد الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار
المكفول به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف
الكفيل بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل
صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حالة الحياة واذا
مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فللوارث ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام
الميت **قال** ومن كفل بنفس آخر ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء فدفعه
اليه بريء لانه نفى البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وذلك
وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشرا فانه يثبت بلا شرط لانه موجب الشرى
وكحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في النهاية لانه موجب التصرف
اي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدون ذكرها صريحا
وليس بشيء لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لان دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يصل اليه
حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل ولكن نقول انه قد اوجب على نفسه التسليم
ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه
بايفاء عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل
والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالة اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة
فلان برئ الكفيل وصار كتسليمه الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل
اذ المحول به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول
به واجب من جهتين من نفسه ومن جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل
فلا يبرأ وعلى هذا فما ذكره في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون في تسليم
نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة اخرى كما بينا وانه
يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل
ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه **قال** وان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا
رجل قال انا اوافي بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال والموافاة اي الاتيان
من الوفاء او قيل بقوله لما عليه وهو معتقد لانه اذا لم يقيده لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما
وبقوله وهو الف وهو غير معتقد لانه اذا قال على ما لك عليه ولم يبين الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع
صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا اذا قال تكفلت لك بما ادركك وهذه الجارية التي اشتريتها من ورك صحة
وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انه لم تعلم هل تبلغ النفس او لا ثم الحكم في هذه المسألة شيئان احدهما صحة الكفالة
وفيه خلاف الشافعي رحمه الله والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند اداء ما يكفل به من المال بعد وجود
الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظاهر
لتصريحه بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف

وسنذكر

وسنذكر ان تعلق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا يبطل الا بما
ينافيها من تسليم او ابراء او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق
فلا يبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخر وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع
وعورض بان الكفالة بالمال ثبتت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل كما في خصال
الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر وكالكفالة بالنفس بعد مثلها
وبان اجتماعهما صحيح والوفا بهما اذ ذاك واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح فقال الشافعي رحمه الله
هذه الكفالة اي المعلقة بالشرط لا تصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه
البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا
ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام
المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع
من وجه كما مر ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه
النذر يقتضي جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه
ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال
بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس **قال**
ومن كفل بنفس رجل ومن كفل بالنفس وقال ان لم يواف به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن
المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسألة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسألة القدوري ما
المذكورة في ان كلا منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها غدتها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره
فذكرها بيانا للعدم الفرقة بين عدم الموافاة وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب
ان يسقط ما ترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها بمقصوده ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه
المال وقد سقطت اذ اسقطت الاولى بالابراء فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم
الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والالزام ان يكون ما فرضناه تأكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف
باطل واجاب الامام ظهير الدين في فوائده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فالابراء يفسخ
الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم ولا ضرورة
الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم
من ضرورة التأكيد مقصوده الا ان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تأكيد كما كان فان قيل اذا يتضرر الكفيل وهو
مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل الاستثناء
ظنا منه ان بالموت ينفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف
فلا تعتد في اضرار غيره والله اعلم **قال** ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها باقاجيدة او ردية
هندية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فطالبه وان لم يواف
به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة
موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا تعتد المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين احدهما ان
الكفيل علق في كفالة مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد قد يكون وقد لا يكون
وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم المال
الذي هو على المدعى عليه بل التزم مالا لزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب

٣٠٢ ف كلام وهو انه لو لم يكن الزام المال ما كان يصح من الكفيل وهذا كما في [illegible] الى الذمة في المطالبة [illegible] لا يخفى فتأمل

الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي ان لا تصح الكفالة وان بيّن المال وبه صرّح المصنف الثاني ان
الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح ما يبتنى عليها وهذا منسوب
الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولما ان المال ذكر معرّفا لانه
قال فعلي المائة فينصرف اليه ويكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة
فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد
وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا باس بذلك لان العادة جرت
بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فصحّ الدعوى على
اعتبار البيان فاذا بيّن التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي ندعيها وثبتت
في الاخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في البيان لانه يدعي صحة الكفالة وادعى

قال ٥ ولا تجوز الكفالة بالنفس من توجه عليه الحد او القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان حضر
في مجلس القضاء لاثبات ما ادعاه المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة وعلى هذا يكون معنى
قوله ولا تجوز الكفالة لا تجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد على الخلوص بما عرف ان القصاص مشتمل على الحقين وحق العبد
غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى
الى باب داره واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويكون حيث سكن وان لم ياذن
له بالدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث
لا تجوز الكفالة فيها وان طابت نفس الكفيل بها واعطاه قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فان احدا لا
يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فلا يلزم الكفيل شيء واجب على
الاصل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولابي حنيفة قوله
صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله قيل هذا
من كلام شريح لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ذكره الخصاف في ادب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالكفيل فان قيل حبس
باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اقوى من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة على ما نذكر لا للاستيثاق
بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فكيف لها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط
باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادات على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال
ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع
لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق معنى الكفالة وهو الضم والحق
الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين ٥ **قال** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان
لا يحبس الحاكم في الحدود ومن وجب عليه وفي بعض النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران
او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى لانه
يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد
وهو من الديانات تثبت باحدى شطرتها وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة بخلاف
الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما لا ان الحبس فيها اقصى
عقوبة كما في الاموال اذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان
اقصى العقوبة غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل والقطع والجلد جاز الحبس قبل ثبوته

للتهمة

٤ ههنا كلام وهو ان في الجمع مسئلة فتح هذا التسليل ولي ان
لو ربن شابس يخبره مولاه بعده مالي كم عند ابي حنيفة
رحمه الله حسب الى الركبة للتهمة واحد كفيل بنفس انهلى
له الى حاكم عادل ثم يجيء ... الله ... من مخطوط
سولاه لاقامة الحد فهو عند الكفيل للاحضار واعما
عليهم من امر كتاب الوصية من الهداية ان القصاص ...
يجوز ثبوته بالتهمة فليتامل في التوضيح تاسيس ...
لمولانا يعقوب باشا ... عفي عنه تجاوز

قوله او عدل يعرفه القاضي كذا في الهداية ولا حاجة
الى هذا القيد لانه في مقابلة المستور فيفهم
منه كونه معروف العدالة كما لا يخفى يعقوب
محمد

او المستور الذي هو عدل المستور
ولعل المراد بهذا الفيدين
عدم الاحتياج الى التزكية
٢٢

التهمة بالتحريك واصلها الوهمة من وهمت
الشيء اتهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خلدي
والوهم ما يقع في القلب من الخاطر والتهمة فلانا
كذا والاسم التهمة بالتحريك اصله اوتهمت
كلمة الكلمة بمعنى اعتمد قلبت الواو تاء لانكسار
ما قبلها ثم ابدلت ههنا وادغمت في تاء الافتعال

للتهمة قبل ثبوت المدعي بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود بالشبهات
وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب بان نحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم ايضا
بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء انما هو مأمور به والترك والتهاون حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود
لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهمه الناس بانه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والايفاء
عن امثاله ما مأمور به فيحبس باحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من
النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن صلى الله عليه وسلم ممن يتهم بذلك ثم اذا اسمع الحجة الكاملة
الكاملة تخلل للدرء اهذا والله اعلم بالصواب وذكر في كتاب ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين
في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا يخفى

قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى ان يتوهم ان اخذ
الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوة دون الديون المطلقة وان جواز الكفالة يقتضي دينا مطالبا به مطلقا
والخراج كذلك الا ترى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه لاجله فيصح الكفالة عنه وانما قيل مطلقا
يعني في الحياة والممات احترازا عن الزكوة فانها يطالب بها اما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في
الباطنة فلانها الكوبهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن يوثقا
كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين يطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة
به في الحياة والممات تصح به الكفالة بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه **وقوله** يمكن الاستيفاء اشارة
الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن ٥
والكفالة عليه قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك **قال** ومن اخذ من
رجل كفيلا بنفسه بعد الكفالة بحنس واحد صح كفلوا جملة وعلى التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام
المطالبة اي يلتزم الكفيل ضم ذمته الى ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول به كما انه
مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى التزام من له الطلب على الطلب
وهو حلف باطل والمقصود من شرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به التوثق لا ينافيه
البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بالمساعدة فوق بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ
الاول لانها انما صححنا لزيادة التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فيها فرضناه زيادة هذا خلف باطل
وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين
وهو بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك مخالف الحقيقة
اللغوية والاصل موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وكذلك باطل
يبرأ اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه **قال** واما الكفالة بالمال
فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت
عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد الكفالة
دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها اذا
ان كانت متعارفة **قوله** وعلى الكفالة بالدرك يعني الرد وتسليم الثمن وهو التبعة دليل على جوازها
بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في
البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بما له مجهولا كالكفالة
بالشجة اي بموجب الشجة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت مجهولة لاحتمال السراية والاقتصار وانما قيل
خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بالة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح

ولما مر ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به **قال** والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه الاصل اي الدين وهو المديون اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور وكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنها الا اذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا جملة ومتفرقا بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك **قال** ويجوز تعليق الكفالة بالشروط • يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلد او اذا مات ولم يدع شيئا او ان حل مالك عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملائمة كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقيل يكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان الجعالة لم يا جئه لا لبيان الكفالة له فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما امكن واجب فيكون معناه والله اعلم ان يقول المنادي للغير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا زعيم بذلك فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز اصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت ما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها لانه قال تعالى حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير ولم يمنع مطلقا والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق المطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي • **قوله** وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة وفي كلامه نظر من اوجه

الاول

الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او الكفالة اذ لم يذكر ثالث والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا انه تصح الكفالة الثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسألة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزء لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقاربه اذا كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجازا بقرينة **قوله** ويجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تأجيلها باجل متعارف لم يبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عند ثبوت التنافي في الحالتين في كل واحد منهما فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فيصح الضمان به وان لم تقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه ينكر الزيادة وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل القول قوله فيما كان خصما فيه والتحق بما يصح بدله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال والى هذا اشار بقوله لانه منكر الزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا اقر في مرضه يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء الديون الصحة حيث يقدمون على المقر له في حالة المرض **قال** ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره •• الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامره او بغيره ولان الكفالة التزام ان يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لانه محاله والمطلوب ان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر وان لم يأمر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضار فتبين ان الكفالة نوع منها بمقتضى المقتضي مع انتفاء المانع وما هو كذلك فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا ولا على العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادِّ عني زكوة مالي واطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل او اقامه مقام نفسه في استيفاء

المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واذا كفل بامره فنفس الكفالة
كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يوخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالته
بغير امره قوله رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين
ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس اخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين احدهما
ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما ادى
زيوفا بدل ما ضمن من الجياد وتجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى قال المصنف
لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته
وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع
على الاصيل بما ضمن وعلى فصل الميراث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن
لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين
اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني ان في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد
فيه وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع
به فيما تعدد تعين ما هو اداه او ما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه
الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر
على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ
يكون تمليك الدين من عليه الدين وهو جائز والثاني ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن
هناك ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة
للملك ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه غيره لا ما على غيره وامكن ذلك
لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا ارشدك الى
الفرق بين ابراء الدين وهبته له فان الابراء لا يرتد بالرد والهبة يرتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق
والطلاق يكفي مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا
مقدورا للتسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتملك
يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثاني بان التشبيه انما هو في نزول
الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطلب الا ما ضمن
له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه
دين وادى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين
بالاداء فنزل منزلة الطالب قوله بما ذكرنا في الحوالة قيل يريد حوالة كفاية المنتهي قوله بخلاف المامور
بقضاء الديون جواب دخل تقريره الكفيل لا يرجع بما ادى فكذا الكل الا اذا ادى بامر المكفول عنه وحينئذ
لا فرق بينه وبين المامور بقضاء الديون والمامور يرجع بما ادى فكذا الكفيل وتوجيهه ان يقال
المامور بقضاء الديون لم يجب له على الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل
منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو ادى الزيوف عن
الجياد وتجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لان اداء المامور به لم يوجد وان علم فكذلك لان الامر لم يوجد
في حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما ادى باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل
رب الدين فهو على نوعين احدهما ان يصالحه على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع
بما ادى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح فيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما ذكره

والثاني

والثاني ان يصالحه على جنس اخر وفيه تمليك الدين فيرجع بما ضمن وسياتي **قال** وليس للكفيل
ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يودي عنه لان
الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل
الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا
وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة
توجب الموجب لجواز المطالبة **قال** فان لوزم بالمال ● اذا لوزم الكفيل له ان يلازم
المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة
فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة له بامره وقال الشافعي رحمه الله ليس
له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو مورط فعليه الخلاص واذا ابرا الطالب المكفول
عنه او استوفى في دينه برئ الكفيل لانه ابرا الاصيل وابرا الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود
الدين وقد سقط بالابراء فلم تبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في
الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتفت بانتفاء علتها وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب
اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهمن ان على ذلك القول براءة الاصيل لا توجب براءة الكفيل
فان ذلك بالاجماع ويعلل بان الكفالة لا تكون الا بما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان على الاصيل
بالاداء او الابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك
ولا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل فيه موجود
ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الكفيل
قلنا الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الثاني اذ ذاك محال عليه ولم يقل بان براءة الاصيل توجب
براءة المحال عليه وان ابرا الطالب الكفيل لم يبرا الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط اصل
المطالبة عنه لا توجب سقوط الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب او بدون الكفيل جائز
الا ترى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان
اخر عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء
المؤبد ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل الا ترى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد
بالرد بل يثبت الابراء ويسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه اداء ما ضمنه
حالا والجواب ان اعتبار الشيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لا يبقى الاعتبار بغير محتاج
الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الاخر وهو ما ذكروا ان الابراء المؤبد
اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد
كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير
قابل للرد قوله بخلاف ما اذا كفل يجوز ان يكون جواب دخل تقريره لا نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون
تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه
ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط التاجيل في ابتداء الكفالة ولم
يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لا المطالبة الحاصلة بالكفالة لم يثبت بعد تعين تاخيره واذا
كان تاخيرا لاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تاخر عنه وعن الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اخر
بعد الكفالة فانما كان التاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين
قال فان صالح الكفيل رب المال ● مصالحة الكفيل رب المال على اقل من

قدر الدين بجملته على اربعة اوجه هو ان يشترط براتهما جميعًا او براة المطلوب خاصته او براة الكفيل خاصة او لم يشترط شيًا من ذلك ففي الاول والثاني بريا جميعًا وفي الثالث بري الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه من الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع وهو مسلة الكتاب بان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك بريا جميعًا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فبرا الاصيل من ذلك وبراته توجب براة الكفيل لما تقدم ثم بريا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا القدر بامره وان قال صالحتك عما استوجبت بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصيل الدين فياخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومصالحته اياه بخلاف الجنس يملك الاصيل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين ويكون البراة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براة الكفيل لا توجب براة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربوا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراة مشروطة له وبراته توجب براة الكفيل فيبرا عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا **قال** ومن قال الكفيل ضمن له مالا ذكر هنا ثلث مسايل تتعلق بالابرا احدها ما ذكر فيه ابتدا البراة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانيه ان تذكر ابتداؤها من الطالب والثالثه بالعكس فالاولى ان يقول للكفيل ضمن له بامره مالا قد بريت الي من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكر ان البراة التي يكون ابتداؤها من المطلوب اي الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفا فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال او قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانيه ان يقول ابراتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براة لا ينتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفا وهاتان بالاتفاق واما الثالثه وهو ان يقول بريت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثل ان يقول ابراتك لانه يحتمل البراة بالادا والبراة بالابرا والثانيه ادناهما فيثبت **قوله** فلا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا اخر وتوجيهه ان لفظ بريت يحتمل البراة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراة ان كانت بالادا رجع الكفيل وان كانت بالابرا لم يرجع ولا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل ان يقول بريت الي لانه اقر ببراة ابتداؤها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو لنا وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفا لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراة وان لم يوجد من الطالب صنع فاما البراة بالابرا فانما لا توجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو حنيفة مع ابي يوسف في هذه المسالة وكان المصنف اختاره فاخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غايبا فالاستدلال على الوجه المذكوره واعترض بوجهين احدهما هو ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا مع انتفا لازمه واجيب بان قوله بريت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفا الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال بريت الي لاني ابراتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكروه في تعليل الاوجه الثلاثه استدلالي

لا صريح

لا صريح في الايفا وغير الايفا فكان العمل به عند العجز بالعمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته على المراد وكونه غير صريح في الايفا والابرا هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طايل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذن هون هونا **قال** ولا يجوز تعليق البراة من الكفالة بالشرط تعليق البراة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بري من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في ساير البرات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وربما لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بري من المال فوافاه من الغد فهو بري من المال فقد جوز تعليق البراة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به والمسلة في الايضاح وروي انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابرا عن الكفيل بالرد بخلاف ابرا الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان الشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراة به صحيح كالمسلة المنقول من الايضاح فان للطالب فيه نفع لما فيه من ابراء البعض واستيفا البعض ومثله متعامل الا ترى ان صاحب الدين اذا قال عجل خمسمائة على اني ابراتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله **قال** وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به ذكر ضابطة لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب او حز الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن اخر بما عليه من الحد او القصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفا منه لان الاستيفا يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النايب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما نرى بعض المنهمكين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على النايب هذا في الحد واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يروى لاحد من اهله خلاف في عدم جريانها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع **قال** واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جايزة بلا خلاف لانه دين صحيح كساير الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكوره بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها ينقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة لا يضمن كالوديعة والمستعاره والمستاجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرا والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم يصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير ويكون يصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البايع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة وتجوز في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على

سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قايما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة
بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي
الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون
دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان
وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم ذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب به مضمونا
على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون
بالدين لان القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البايع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك
الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبته فلا يتصور الكفالة واذا كان الثاني اعني الكفالة
بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون
اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفا المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن
للراهن لا تصح سوا حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين ولعله محمله اختلاف الروايتين فان
هلك المبيع فلا شي على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البايع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن
عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان مقدار الدين او زايدا عليه والزيادة عليه من مالية كان
امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة
والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز
بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر يفتح الجيم اذا ضمن رجل تسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة وعجل
الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مواخذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت
فليس على الكفيل شي لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل
ما كفل بذلك ويترك المصنف ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازه واظنه تابع شمس الايمة
السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطلة قيل هذا الذي ليس بصواب فقد نص محمد في الجامع ان
الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الايمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على
رواية اقوى من ذلك فاختارها **قوله** لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة
بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر الا معينة
للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم انفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان
المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استاجرها معينة للحمل وكفل بالحمل لم يصح قال
المصنف لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه
والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على ملك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير
لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي ومر قوله نسلم ما التزمه منصور في الاعيان
المضمونة في الجملة فصح واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا
للشافعي وهو قوله نسلم ذا ما التزمه منصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما
يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان نسلم ما التزمه منصور في الجملة فكان الواجب صحتها
فيما نحن فيه ايضا وكذلك اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح لما بينا
انه عاجز عما كفل به والله اعلم **قال** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس • لا تصح
الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول وقال اخرا يجوز
اذا اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل انه نسخ كفالة المبسوط وفيه نبوة لان نسخ

في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة
وكذا الكفالة بتسليم العارية صحيحة لكن بعينها
لا تجوز
ذخيرة

كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على ترك
في بعض او زيادة في اخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل
في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وعلى هذا يجوز ان يكون تعدد بركلامه في
بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم بالكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف
في وجه الرواية التي لم يشترط الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك
يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبيان الاقرار
اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومنزلة العبادة لا يشترط قبوله
لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل
كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع عدم
الضرر بجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في الكفالة
اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه
تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود يشترط العقد فلا يتوقف على ما
وراء المجلس وعلى هذا الوقبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شرطه شطره
قال الا في مسالة واحدة • هذا استثنا من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول
المكفول له فكانه قال لا تصح ذلك عندهما الا في مسالة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان
الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض
وللاستحسان وجهان احدهما ان يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال اقض
عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا اتصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم ان جهالة المكفول
له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت تصحيحا لمعنى
الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قيل في كلام المصنف تسامح لانه في معنى
الوصية لا انه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وذكر في
المبسوط انه لا يصح في حالة الصحة ولم يكن كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه
العبارة يستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناها يؤول الى معنى اخر
وحينئذ لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة والثاني ان يقال ان المريض قائم
مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته
وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل
عن ابيك لي فلان فيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس
بشرط ههنا اجاب المصنف بقوله قلنا تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض
يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح
لقول الرجل لامراة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت وظاهر
قوله ولا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثنا وتمثيله
بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسالة • والله اعلم
قال ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه •• اذا قال المريض لاجنبي
تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فيه منهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب
بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك

لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فان كان المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر
لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب لضيق
الحال عليه بمرض الموت كانه قد حضر ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس او على انه بطريق الوصية كانه
الوجه الاخير من الاستحسان ولهذا اجاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم
الجواز من الصحيح لعدمها قال واذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات المديون مفلسا ولم
يكن عليه كفيل فتكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم يصح الكفالة عند ابي حنيفة وقالا هي صحيحة
وهو قول الايمة الثلثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شانها فهي
صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا بدين صحيح ثابت لانه كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته كفله
اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الاخرة لا كلام في ثبوته وبقايه في حق احكام الاخرة واما في حق احكام
الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق المطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا بابرا من له الحق او باداء من
عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما
يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل للصاحب
الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق وذلك على ان الموت لا يغير وصف
الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن
الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد
لهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة ان الدين ساقط
لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة اما يكون بنفسه او بخلفه وقد انتفت
بانتفايهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والفايدة الحاصلة
منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلوة واجبة
والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم حينيذ قيام العرض بالعرض وهو غير جايز
باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمامور به وان
قلت فقد يقال المال واجب اجاب المصنف بقوله لكنه اي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك الفعل في
الخارج ليس الا بتمليك طايفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤول اليه في المال
فكان وصفا مجازيا وان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان
الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا على التعذر
التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب
عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة بطريق المعارضة ولو اخرجه الى سبيل
الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط ويذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان احق
في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن اعادتها فيما هو نظيره فيما
سياتي قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع
لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداوها
وان لم يوجد الدين اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق المستحق حل له ان ياخذ بدينه ما تبرع به الغير
الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ بدينه ما
تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقايه في حق البايع فان السقوط في حق الميت
لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك

انتقض

انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وبيانه ان القدرة
شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال وبيانه فان انتفى القادر فخلفه وهو الكفيل
او المال في حق بقاء الدين باق وقوله او الافضاء على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ يدل وكانه قال الكفيل
والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف
ونشر وتقديره بخلفه وهو الكفيل او الافضاء اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة
اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذا الافضاء على وجه التعليل لقوله
بخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام بخلفه باق وحذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله نحن بما عندنا
وانت بما عندك راض والراي مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما
باق فان الخلف ما به يحصل كفاية امر الاصل عند عدمه وهما لذلك فكانا خلفين وفيه ما يرى من
التكلف مع الغنية عنه بالاولى فان قيل ان استدل الخصم بالخلاف بقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم
غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه
فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلوة عليه
وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عليه ولو لم يصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا
يكون جواب ابي حنيفة عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما تكفل به والكلام
في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم او لا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي او ابي قتادة اقرارا
بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيها سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع
ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي رضي الله عنه ما فعل الديناران حتى
قال يوما قضيتهما فقال الان بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك
والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم
ما يضم اليه وحاجة متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله اعلم
قال ومن كفل عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل
الالف قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه
وقال اني لا امن ان ياخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي فقبضه او على وجه الرسالة وهو ان
يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي
في الالف الذي دفع وانثه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضايه
الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان
لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكوة ودفعها
الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة بعد الحول فما دام هذا
الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما يذكره وان كان الثاني فليس له ان
يسترده ايضا لانه تعلق بالمودي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه
لم يملكه لانه محض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له
لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه
ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان يحصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض
ما وجب له فيملكه من حين قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول

عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل
ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل موجل الى وقت الاداء من حيث تاخير مطالبته
بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا لهذا المال صح بمنزلة ما
لو اخذ رهنا بدين موجل ولو ابرا الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه
الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق
لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب
على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل اخرت الى وقت الاداء فينزل ما وجب
للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين الموجل ولهذا اي لكونه نازلا منزلة الدين الموجل لو ابرا الكفيل
المطلوب قبل ادائه صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير
عليه للمكفول عنه وتجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة
مثل ما يوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما يرى من تنزيل المطالبة منزلة الدين الموجل
وتملكه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة مع ان المطالبة لا يستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له
المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه
من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة
ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل
دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلث مطالبات
دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متاخرة الى وقت الادا فيكون دين للكفيل
موجلا ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فنزل منزلة الدين الموجل وهو موجل
قلنا معناه فنزل هذا الدين الموجل منزلة دين موجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه ملكه
فكذا هاهنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب الان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض
على وجه الاقتضا وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة بينه في مسئلة الكفالة
بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في اخر فصل احكام البيع الفاسد واما
اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في
قول ابي حنيفة ومحمد لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان اصله
المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فانه على الاختلاف **قال** ولو كانت الكفالة بكر حنطة
ما مر كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين كالكر من حنطة فقبضها الكفيل من الاصيل
قبل ان يودي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضا لما بينا انه ملكه قال ابو حنيفة واحب الي
ان يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة
وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له ولا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وفي
رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه ربح في ملكه
على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه يمكن الخبث مع الملك لاجل
الوجهين اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكر بنفسه واذا كان كذلك كان الربح حاصلا
في ملك متردد بين ان يقر وان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان

فاصرا

فاصرا بما ان فيه شبهة الخبث واما لانه رضي به اي بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه
الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فيمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين
وهذا راجع الى اول الكلام وتقريره يمكن الخبث مع الملك وكل خبث يمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم
في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية
الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رده اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان
الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان
قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما ورد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه
على وجه الاقتضا واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف رحمه الله يطيب **قال** ومن كفل عن
رجل بالف • اذا امر الاصيل الكفيل ان يتعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف بان يستقرض
من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه
المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشرا واقع له والربح الذي ربحه البايع عليه لا على الاصيل
وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض
مطاوعة لمنحل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فكان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل
الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا لكانت المرابحة مكروهة وانما لزم الربح الكفيل دون
الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله علي فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الضمان
والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لاخر
بع متاعك في هذه السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح واما وكالة
فاسدة نظرا الى قوله بعين يعني اشتر لي حريرا بعينه ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار
ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمامور به هو مقداره
فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسدت الكفالة
والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن
البائع من صورة للعينة صورة اخرى وهو ان يجعل القرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها
في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث
بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعها الى
المستقرض فتندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم
من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك
فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياك والعينة فانها
لعينة **قال** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه • رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه
او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف
درهم لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة
لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اما مال مقضي به على الاصيل لدلالة ما قضي بطريق
عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضا والدعوى
مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطال الله
بقاءك فهو وان كان صحيحا الا ان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة

يتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان من ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسألة الى ان المكفول به مال قضي او يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي القضاء ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما ما قضي ولم يدعه او ما يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا يكون الدعوى صحيحة فلا يقبل البينة قال ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره فقضي به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلثة فروق ذكر المصنف منها اثنين احدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتفت اليه والاخر الفرق بين الكفالة بامره وبينها بغير امره ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خصما على الاصيل بين ان يكون بامره او بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما متغايران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمها واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضى بالكفالة بالامر بالبينة ثبت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه وان ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه اي الشان ان صحة الكفالة بغير امره تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسألة وبين ما اذا القضي فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل ما له قبله ولم يفسر واقام على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يتوصل الى اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرف بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعي وسيأتي تمام ذلك قوله وفي الكفالة بامره يجوز ان يكون فرقا اخر بين ما اذا اقام البينة على الكفالة بامره وبين ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما ادى على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر رحمه الله لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب في دعواه ظالم والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه وتوقف بما قال

محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب به ثم اراد ان يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل دعواه مع ان القاضي عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده على بائعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ● ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع فلو ادعى الدار لنفسه بعد ذلك على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة في البيع او لا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك ثابت بلا اشتراط كفالة والشرط يزيده وكاده فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شرا المبيع مخافة الاستحقاق فيكفل تشكيكا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن اقر بملك البائع لا يصح دعواه بعد ذلك وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه يؤول اليه في المعنى قال ولو شهد وختم ● ولو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه مكتوبا تحت رصاص ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا فان ادعى لنفسه تسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملائمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع من غيره لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الشهادة الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع بمشهد واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا يصح دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ قال فصل في الضمان ● ومن باع لرجل ثوبا ● الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغايرهما في اللفظ واعلم ان الكل من ترجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به كمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن رب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذلك المضارب واذا

واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف
الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة في ايدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر
فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضناه امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغيير الحكم الشرع
وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير بتقرير انا ما قيد عليه كاشتراط
الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية والمعير لم يجز لذلك ولقايل ان يقول ان
الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز ان يكون المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فاما
اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف ثم باع
بالف وخمسمائة والجواب ان رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ
انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانها كفل بما وجب للوكالة فلا
يجوز ان يصح على وجه يبطل به اصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان
عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه اصح فان كان بحصته من الثمن شايعا
صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز
لان القسمة افراز وذلك اما ان يكون حسا او بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر
في الفوايد الظهيرية في تعليله لان ما يستحق بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذا كان ما لا بدل له لان
احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون
بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الادا في مقدار ما وقع فيه
الرجوع ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شي فهذا
معنى قول مشايخنا انا لو جوزنا الضمان ابتداء ابطلناه انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في
تعليل هذه المسايل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف
الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا
ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا
اذا ضمن احدهما نصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله
فاذا رجع بطل حكم الادا في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نفس ما ادى وهو ممنوع
بل من حيث انه استيفا لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه قوله لان الضمان
يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في تعين افراد لا تعلق
له في الباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك تعسف في العقل وقوله ولا معنى
لهذا ايضا لانعقاد الاجماع الى اخره يجاب عنه انما لم يلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه
وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم
ضمن احدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة
لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما
ويرد الآخر وله ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد نصيب حصته وان كان قبل حصته الكل ولو اتحدت
الصفقة لم يكن له ذلك قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوايبه وقسمته فهو جايز الضمان
عن الخراج والنوايب والقسمة جايز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جايزان في الخراج
قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقا
وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح

ما يفرق

ما يفرق بين الخراج والزكوة وذكر المصنف فرقا اخر بقوله وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل اذ الواجب
فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شي والمال آلته ولهذا لا يؤدى بعد موته الا بالوصية واما
النوايب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككري الانهار المشتركة واجر الحارس
للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى
فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك والضمان فيه جايز بالاتفاق
لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات
في زماننا وهي التي تاخذها الظلمة في زماننا ظلما كما لم نعرف فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان
بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شي عليه شرعا ههنا وقال بعضهم
يصح وممن يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحته قال فخر
الاسلام واما النوايب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة
بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا
ان من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة
الذي ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نايبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة
ثمن البيع قال شمس الائمة هذا اذا امره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع
واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر
فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجي بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الما
قسمة بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب
القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة
عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمة
بالضم ومعناها الا بالنايب وقد علمت ان القسمة بالنايب بمعنى القسم ثالثا وقال بعضهم هي النوايب بعينها
وقد ذكر تفسير النوايب بحق وبغيره وعلى هذا قد ذكره بالواو للبيان من باب العطف التفسيري او حصته
منها اي من النوايب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مونة كري النهر المشترك فاصاب واحدا
من ذلك فيجب اداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا
التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملئكته ورسله
وجبريل وميكال فاشار المصنف الى ان الرواية باو على تقدير ان يكون القسمة حصة من النوايب لان
القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل او واما اذا كانت هي النوايب بعينها فهو محل الواو لما مر وقيل هي النا
الموظفة الراتبة والمراد من النوايب ما ينوبه غير راتب قيل ومن قال بهذا القول نسب الامام فخر الاسلام
والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق والله اعلم
قال ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر وقال المقر له
هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة
حالة فالقول قول الضامن وروي عن ابي يوسف ابراهيم بن يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي
القول فيهما للمقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله
اعتبارا بالكفالة واجيب بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سياتي ولابي يوسف انهما تصادقا
على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب
بما اجيب به الشافعي ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة

الى اجل فكان ثمة اقرار على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثانى يحتاج الى برهان فاذا عرفنا هذا
كان القول للمنكر وفى الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه فى الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد
الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيغرنه الكفالة انه اقر بالمطالبة فللخصم ان
يقول اقر بالمطالبة بعد شهر حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان ثمة اقرار على نفسه الى اخر ما ذكرتم
فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت
الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف
ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم فى المجلس وذكر الثانى لمن له زيادة استبصار فى الاستقصاء
على ما ذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها فى الحال او فى المستقبل والثانى موجود فيما
نحن فيه فلا مناقضة **وقوله** ولان الاجل فى الديون عارض هو الفرق الثانى ومبناه على ان ما
لا يثبت الا بالشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن
وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل فى الديون بهذه المثابة لان من البياعات والمهور
وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفى الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير
شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة متنوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان
وهذا افقه ما يتصور فى الفقه من الدقة فى اظهار الماخذ واذا كان الاجل فى الديون عارضا لا يثبت
له الا بالشرط كان القول قول من انكره مع اليمين كما فى شرط الخيار واذا كان فى الكفالة ذاتيا كان اقراره
بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع فى المتن والشافعى رحمه الله الحق الثانى بالاول وابو يوسف
رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثانى والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمله على
الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر **قال** ومن اشترى
جارية وكفل له رجل بالدرك ** ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه
فاستحقت الجارية لم ياخذ المشترى الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من
المستحق ثابت وثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضى بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض
البيع فى ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بايع الجارية بعد حكم
القاضى للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل
وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف فى الامالى له ان ياخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع
لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشترى مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى
الحاكم بالحرية بمجرد القضاء بها يثبت للمشترى حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق اجاب
المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشترى على البائع وكفيله
انشاء وموضعه اوايل الزيادات فى ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب
الزيادات بباب الماذون مخالفا لترتيب ساير الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ ما املى
ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف
ابى يوسف وزيادته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابى يوسف فى هذا
الكتاب من باب الماذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبها الزعفرانى على هذا الترتيب الذى هى عليه اليوم
ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكرههنا ثلاث مسايل الاولى ضمان العهدة
وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد
اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه الالفاظ مشتبهة لاشتراك الوقع فى استعمالها فانها تقع

على

على الصك القديم الذى عند البايع وهو ملك البايع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل
لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها ماخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق
العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البايع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط
كما جاء فى الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اى خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به فصار مجملا لتعذر
الحمل به واما جواز الثانى اى ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله فى ضمان الاستحقاق فصار مبينا
لا يوجب الحمل به واما الثالث فابو حنيفة قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اى على كل حال
وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا
والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه
او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا يشتغل بالشك والاحتمال ذكر
ابو زيد فى شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان فى الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاص
او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز
قيل وعلى هذا ففى كلام المصنف نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع
بان المراد به الثمن مجازا فهو امره معدره وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة هذا اما يرد
على كلام المصنف وذكر الصدر الشهيد فى ادب القاضى للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد
واحد عند ابى يوسف ومحمد وهو تفسير الدرك وهذا يدلك على ان الخلاف فى العهدة ايضا ثابت وذكر فى
الفوايد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكرههنا اى فى الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا وذكر
بعض مشايخنا ان عند ابى حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف وكانه اعتمد على
ما فى الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا
فاخره وضعا ليناسب الوضع الطبع **قال** اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما
لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين فى النصف اصيل وفى
النصف الاخر كفيل وكل من كان فى النصف اصيلا وفى النصف كفيلا فما اداه الى تمام النصف كان عما عليه بحلاله
بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد فى المجلس عشرة جعل
المنقود من الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض فى المجلس وما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما
عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهى تابعة للدين لا بناء لها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير
متصور فلا يعارضه بل يترجح الدين عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفى الزيادة عليه لا معارضة
اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شئ فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفى النصف كان انتفاؤهما لكون
احدهما راجحا لا لانتفائه **قوله** ولانه دليل اخر على ذلك اورده فقياس الحلف فانه جعل القبض المدعى
وهو الرجوع على صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور وبيانه قال لو وقع فى
النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لان لصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدى الى الدور
فلم يقع فى النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداه كادايه بيان الملازمة وتقريره ان صاحب
المؤدى يقول له انت اديته عنى بامرى فيكون ذلك كادائى ولو اديت بنفسى كان لى ان اجعل المؤدى عنك
فان رجعت على وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذى اديته عنى هو اداى فى التقدير
ولو اديت حقيقة رجعت عليك فكذلك ففى تقدير اداى كذلك والشريك الاخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور

ولم يكن في الرجوع فائدة لجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة الى تمام النصف ليقطع الدور بخلاف الزيادة على
النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك تكرار الاصالة الا
النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل وعن الاصيل كذلك
فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما
مطالبة الاصيل واخرى عن الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة
فصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على اخر وهو معنى قوله ومعنى
المسألة في الصحيح فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدي او كثيرا لان ما ادى احدهما وقع
شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة بعد صورة
المعارضة بينهما وبين الكفالة واذا وقع شايعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستوى
وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الاخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم
يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال لبراءة نفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدي
عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح لبيان ان الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل
لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه من كفل عنه لانهما
وقال وان شاء يعني من ادى منهما رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا
عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل وقال واذا ابرا رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع لان ابرا الكفيل
لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بينا من قوله ان تكون الكفالة بالكل
عن الاصيل ولهذا ناخذه به وهو ظاهر قال وادا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون
ان ياخذوا ايهما شاوا بجميع الدين اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان ياخذوا ايهما شا والجميع
ذلك فان ادى احدهما شيا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على
الكفالة بما كان من ضمان التجارة وحينئذ كان للغرما ان يطالبوا ايهما شاوا بجميع الدين لان الكفالة تثبت
بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع
على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب
العبدان كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل
واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة
ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب
فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر انها تقتضي دينا صحيحا
وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في وجوب الالف عليه ويكون
عتقهما معلقا باداية اي باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر وهذا وان
يجعل كل واحد منهما كفيلا بالالف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة
ولهذا قيد بها واما اذا اختلفت الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فيتعذر تصحيح بهذا
الطريق واذا عرف ذلك عرف استواهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا
على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه
لاستوائهما ولو رجع بالكل او لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفة
العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط
النصف ويبقى النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وقيمتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما

وانما جعل على كل واحد احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعداه الى غير موضعهما واذا اعتق استغنى عنه و
وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد
منهما نصفه فيجب ان لا ينفع الرجوع ما لم يزد المؤدي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع
بنصف ما ادى انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدي لو وقع عن المؤدي على الخصوص برئ بادائه
عن نفسه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا جميعا
ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المؤدي عنهما جميعا واذا بقي النصف
على الاخر فللمولى ان ياخذ به ايهما شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة فان اخذ المعتق
بالكفالة تصحيح للكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي
بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لان البقا يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى
لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه والله تعالى اعلم

باب كفالة العبد

حق هذا الباب التاخير لان العبد متاخر عن الحرا لشرفه واما لان الاصل في بني ادم هو الحرية ووضع بوبه
يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه قال
ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسألة قوله فهو حال وعدل
عن عبارة محمد في الجامع الصغير وهي قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي
لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غيره حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد تحتاج
الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك
وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به
للحال بل بعد الاعتاق عند ابي حنيفة ومحمد واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب
عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شيء لشمولها اما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى
او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امراة بشبهة بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه
لا يؤخذ بذلك كله للحال اما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور
التسليم للكفيل فيصح كما في سائر الديون سواء كان في ذمة الملي او المفلس واما كونها حالا فلان
المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة
وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهو المانع غير متحقق في حق الكفيل
لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة عن غايب يصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب
عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس يعتد بذا اللازم فانها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال وان كان في حق
الاصيل متاخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يوجد من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين موجل
حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين الموجل لانه متاخر بموخر يعني ان الدين ثمة
تاخر عن الاصيل بموخر اي امر يوجب التاخير وهو التاجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وهو
التزام الكفيل ذلك فالزمه موجلا ثم اذا ادى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا
بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا الكفالة بالنفس لا يتفاوت
بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا فان بموته يبرا الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذا انما هو
لكن بعدها ولبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي
البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه عليها القيمة عند العجز عن ردها

وإذا أوجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على الكفيل لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل وقد انتقل الضمان في حق
الأصيل إلى القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف الأول أي الضمان الأول لأن محله ما الذمة وهو العبد قد فات وسقط
عن العبد بتسليم نفسه فكذا عن كفيله وإنما قيد بإقامة البينة احترازا عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد أو بنكوله
عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر الكفيل
بما أقر به على الأصيل **قال** وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره • إذا كفل العبد عن مولاه بأمره
فالحال لا يخلو إما أن يكون عليه دين مستغرق أو لا فإن كان الأول لم يصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن المولى
وإن كان الثاني صحت إذا كانت بأمره لأن ماليته لمولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والإقرار بالدين وإذا كفل المولى
عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس أو المال مديونا كان العبد أو غير مديون فإذا صحت الكفالة وأدى العبد
ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع
لأن الموجب للرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة
للرجوع لأن العبد لا يستوجب على مولاه دينا إذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده
بغير أمره فلعله دينا حال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا ينقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه
فأجاز فإن الكفيل بعد الأداء لا يرجع على الأصيل لما كذلك ونوقض بأن الراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر
وسعى العبد في الدين فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه وأجيب بأنه مغالطة فإن
كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرتم استوجب دينا لا لأن استيجاب الدين عليه إنما هو بعد العتق
لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا يجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل حر أو عبد وإنما قال
بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه أيضا غير بدل الكتابة أما في بدل الكتابة
فلأنه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إلحاق
بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم
إن علمتم فيهم خيرا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أي ثابتا من وجه دون وجه غير مستقر جاز أن يسقط
بغير فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لأنها لتوثيق المطالبة وإذا كان غير مستقر جاز أن
يسقط بغير اختيار الطالب فلو ثبتت الكفالة فائدة بل قد يكون هزوا ولعبا. **قوله** ولأنه دليل آخر على
عدم الاستقرار فإنه إذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء وقوله ولا
يمكن إثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة وتقريره أن الكفالة به إن صحت فلا يخلو
إما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصيل
نفسه أو مطلقا ولا سبيل إلى كل واحد منهما أما الأول فظاهر لأن الأصيل يعجز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان
والكفيل ليس كذلك وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لأن من شرطه الاتحاد في صفة الواجب
بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على الملتزم ألا ترى أن الدين لو كان على الأصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك
في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا أو زيفا على الأصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو لزمه
مطلقا لزم إلزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز وأما في غير بدل الكتابة فلأنه إذا عجز نفسه سقط عنه
بفسخ الكتابة سقوط بدلها لا بسبب عليها إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة
في عدم جواز الكفالة به للمولى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لما أن
أحكام المستسعى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى
قولهما تصح لأن بدل الكتابة لم يكن مستقر السقوط بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون ٥٥

كتاب الحوالة

المراد

الحوالة تناسب الكفالة من حيث أن كلا منهما التزام لما على الأصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل
منهما للآخر إذا اشترط فيه ما يوجب أحدهما للأخرى عند ذكرنا الأخرى لكنه أخر الحوالة لأنها تتضمن براءة الأصيل
والبراءة تعقب الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وتركيبها يدل على الزوال والنقل كيف ما تركب دائر
على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل
التوثيق به وأخبار شرطها فيما ذكره في أثناء الكلام وكذا أحكامها وألفاظها **قال** وهي جائزة
بالديون • الحوالة جائزة بالديون دون الأعيان لما هو الجواز وقد دل عليه النقل والعقل أما الأول فما
روى أبو داود في السنن قال حدثنا القعنبي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع قال الترمذي في جامعه بعد ما
روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه إذا أحيل أحدكم على مليء
فليحتل أمرنا بالاتباع والاتباع بسبب الأمر مشروع فلا يكون إلا مشروعا فيدل على جوازها وأما
الثاني فلأنه … التزام ما يقدر على إيفائه … وهو ظاهر … يوجب الجواز كالكفالة وإنما اختصاصها
بالديون فلأنها تنبئ عن النقل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل
إنما يتصور في محل شرعي وهو الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاز أن يعتبره
الشرع في ذمة شخص آخر بالتراضي وأما العين فإذا كان في محل محسوس ولا يمكن أن يعتبر في محل آخر لم يجز
فيه لأن الحس يكذبه فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه **قال** وتصح برضا
المحيل والمحتال والمحال عليه • شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقه وهو الذي ينتقل
بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لأهل العلم وأما رضا المحال عليه فهو شرط
فله أن يتوفى بنفسه ولغيره كما لو وكل في الاستيفاء وأما إذا لم يكن يتحمل دين عليه فيشترط رضاه
بالإجماع وقلنا إنه إلزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال إلزام الحاكم بالبينة على المنكر إلزام
بدون التزام لأن الحكم إظهار الإلزام لا إلزام وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعني بتعلق
بأن ذوي المروءات قد يأنفون تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات
أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به
بل فيه نفعه لأن المحال عليه إذا لم يرجع بأمره قيل وعلى هذا يكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه إذا
كانت بأمره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل
الحوالة فإنها حينئذ تكون إسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه والظاهر أن الحوالة
قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال عليه والأول إحالة وهي فعل اختياري لا يتصور بدون
الإرادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحال
عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب إليه الأئمة
الثلاثة بناء على أن إيفاء الحق حقه فله إيفاؤه من حيث شاء من غيره فرعليه تعين بعض الجهات أو عدم
اشتراطه مطلقا كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي والله
أعلم **قال** وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول • إذا تمت الحوالة بركنها
وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله إذا تمت الحوالة والمراد به رضى
من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا
فإن منهم من ذهب إلى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب إلى أنها
توجب براءتها عن المطالبة وهما ذلك ذكر محمد أحكاما يدل على القولين فمما يدل على الأول ما قال

وفي أنوار الحوالة في الحوالات كما هو في المختصر لأن الحوالة مبرئة عندنا والكفالة ضمنية والأكمل عدم البراءة بعد ثبوت الملكي الخ ابن ملك

بحث فإن الرضا كان ثابتا في ذمته

وفيه أن المحيل يتصرف على المحال عليه بشغل ذمته … فلا يتم إلا بقبوله ورضاه كالتوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إلى ذمته بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه بدايع
بحث

بانها

ان المحال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته وابراؤه ولو بقي الدين
في ذمته وجب ان تصح ولو ابرا المحال عليه او وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى
ذمة المحال عليه وبراة المحيل عنه ومما يدل على الثاني ان المحال اذا ابرا المحال عليه صح ولم يرتد بالرد
كابرا الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرا المحيل قبل الحوالة والاصل
في الكفالة فان الابرا حينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل
اذا نقد مال المحال يجبر المحال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي
والاجنبي اذا تبرع بقضا الدين لا يجبر رب المال على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل
الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد والفايدة تظهر في الراهن اذا احال
المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف يسترده كما لو ابراه عن الدين وعند محمد لا يسترده
كما لو احال الدين بعد الرهن وفيما اذا ابرا الطالب المحيل بعد الحوالة عند ابي يوسف لا يصح لبراته بالحوالة
وعند محمد يصح لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف يدل على
وجه ثالث وهو البراة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لعدمها لان اسقاط الدين بلا مطالبة
يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال
زفر لا يبرا لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرا فكذا في الحوالة
وقال ابن ابي ليلى ونقل ذلك عن مالك رحمهما الله الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرا فكذا في
الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص
كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الاخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا انتقل
الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقا ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام
الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل ولا تحويل
وهو نقض اجمالي والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد ادا الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى على المحيل
شي قوله والتوثق باختيار الاملا جواب لزفر وتقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثق لكن براة
المحيل لا ينافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملا اي فدر على الايفا لمبسوطه سعة ذات اليد والاحسن
قضا بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب وقوله وانما
يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح
ذلك بنقل الدين من المحيل وصار اجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب ان لا يجبر المحال على القبول اي لا تنزل
منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وباداء الاجنبي
المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا
ان لو لم يحتمل عود المطالبة بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا قال ولم يرجع المحال على المحيل
الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع
المحال على المحيل بشي الا ان يتوى حقه على ما ياتي من معنى التوى وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان
براة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل
على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابرا وتايد بما روي عن ابن المسيب انه
كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به على اخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فابعدك الله
فابعدك بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع قلنا البراة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا
والثاني ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيد لم لا يجوز ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة

فيعود

فيقول انها حصلت مقيده بسلامه حقه له وان كانت مطلقه لفظا بدلالة الحال لان المقصود من
شرع الحوالة التوصل الى استيفا الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب
وانما تختلف بالنسبة الى الايفا فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول
لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال
به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه
في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا ايشير الى ان الحوالة
تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ رحمهم الله قال او تنفسخ الحوالة لفواته اي لفوات
المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة لفواته انفسخت وكل ما هو قابل له اذا
فات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم
يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة اخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على
المحيل فالمصنف جمع بين طريقي المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين
مختلفين وتايد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال اذا توى المال على المحال عليه
عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض
بان المحال له وقت الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فيتنقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان اباها ابقا
لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيين اذا اختار احدهما تعين عليه ذلك ولا يعود الى الاخر المعتق
منه اذا اختار تضمين احد القاصين ثم توى ما عليه لم يرجع على الاخر بشي وكالمولى اذا اعتق عبده
المديون فاختار الغرما استسعا العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشي والجواب ان قوله
اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيين احدهما اصل والاخر خلف عنه او كل منهما اصل فان
فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم انه اذا احدهما تعين بل
اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا
للتوثق فاضافة التوى الحق الى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع قال والتوى عند
ابي حنيفه احد الامرين ه توى المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفه يتحقق باحد الامرين اما
ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه حينئذ لا يقدر على مطالبة
واما ان يموت مفلسا لان الغرض الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في
الاول فلما ذكرنا واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فيسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع
على المحيل لان براة المحيل كانت براة نقل واستيفا لا براة اسقاط فلما تعذر الاستيفا وجب الرجوع وقالا
هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حيوته وهذا الاختلاف بنا على
ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قال التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل هنا
لانه عجز عن استيفا حقه فصار كموت المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجز ابو هريرة لقاعد عن وبين المال
لان مال الله غاد ورايح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحال
مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والباقي ان القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه تمسك
بالاصل وهو العسرة يقال فلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه
القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة قال واذا طالب المحال عليه المحيل
اذا طالب المحال عليه بمثل الحوالة مدعيا قضا دينه من ماله فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل
قوله ووجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضا دينه بامره قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه

يعني ان البراة حصلت بطريق
الانتقال بل فاذا لم يسلم له من الحق
الذي انتقل اليه يعود الى المحل الذي
انتقل عنه

دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع فان
قيل لم لا يجوز ان يكون اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحوالة
قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون التقييد بالدين تقييدا
بلا دليل واذا طالب المحيل المحتال بما احاله فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين
لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله لتقبضه
له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه ان دعواه تلك دعوى ما هو من محتملات
لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل
فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر والله اعلم

قال ومن اودع رجلا الف درهم ° اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة
على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني
ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على
المحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه وفي يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له
في يده عين ايضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها
يكون على المحال عليه كذلك لانها تحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل قبل الاداء ولكنه
يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال
عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله
ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه اخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه
وديعة **وقوله** لانه اقدر على القضاء دليل جوازه وذلك لوجهين احدهما ان الاداء انما يتحقق من غير
المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا يحتاج الى كسب والدين
قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز فكانت جائزة بالدين فلان يكون جائزة بالعين
احدر فان هلكت الوديعة بري المودع وهو المحال عليه وليس للمحال الذي عليه لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة
بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكوة المتعلقة بنصاب معين وقوله
بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان
لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرا الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله
ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فواتا الى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما
وقوله وقد يكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على اخر الف
درهم وللمديون على اخر كذلك احال المديون الطالب على مديونه بالف على ان يؤديه من الالف التي للمطلوب
عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا
وبالدين ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها
لانه تعلق به حق المحال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه مما للمحيل عليه او بيده
فتعلق به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ولو دفعها المودع وغيره الى
المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق
الاخذ من يد المرتهن لئلا يبطل حق المرتهن **وقوله** وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم اخر به خالف حكم
الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة
بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين

الذي

الذي عليه فالمحال اسوة للغرماء بعد موته خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس لان دين غرماء المحيل تعلق
بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له ان ياخذه في حال حيوته كذا بعد وفاته ولان
المحال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحال على غيره كالمرتهن
قلنا العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وهو
ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فانه
ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه
فيه. **قوله** وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل وتقريره ما ذكرناه انفا وقوله بخلاف المطلقة
لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه
لا تعلق لحق المحال عليه اي به بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة
سعة فاخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب ان يودي دين المحال
من الوديعة والغصب وللمحيل ان ياخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت **قال** ويكره السفاتج
السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به
لاحكام امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا
ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به
سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا
وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا باس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا
الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون والله تعالى اعلم

باب قضاء القاضي

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج
الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها
الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه
ولا شك ان القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله تعالى امر الله به كل
مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم
بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ° **قال** ولا تصح ولاية
القاضي ° لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل
اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية
والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء
يستقي اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهو تنفيذ القول على
الغير شاء او ابى فكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة فلان حكم القضاء
لان ولاية القضاء لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة او مرتبة عليها كانت اولى باشتراطها وربما
لوح المصنف بقوله ينبغي استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا
للقضاء وبالعكس والفاسق اهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن
في امر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا
بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم
بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة

او غيره مثل الزاني وشارب الخمر لا ينعزل اذا لم يشترط عند التقليد تعاطي الحرام ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي قوله وهذه اشارة الى استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضا فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضا لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن علمائنا الثلثه في النوادر انه لا يجوز قضاوه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاوه عنده كما لا تقبل شهادته عنده وقيل هذا بنا على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها وكان التقليد مشروطا ببقا العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قوله الفقها البقا اسهل من الابتدا اينا في جواز التقليد مع الفسق ابتدا والعزل بالفسق الطاري والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبتني عليه احكام كثيره كبقا النكاح بلا شهود وامتناعه ابتدا بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقا لا ابتدا فينتفي الثاني وهو ثبوت القضا بالفسق ابتدا والعزل بالفسق الطاري والجواب يوخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضا والاماره بالشرط جايز بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثه ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك عزل القاضي بالشرط جايز ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفايه والفرق بين القضا والامامة والاماره في ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والاماره ان مبنى الاماره على السلطنة والغلبة ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي

قوله وهذه اشارة الى استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضا فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن علمائنا الثلثه في النوادر انه لا يجوز قضاوه عنده كما لا تقبل شهادته عنده وقيل هذا بنا على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا والقهر والغلبة الا ترى ان من الامرا من غلب وجار واجازوا احكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه واما مبنى القضا فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضا ضرورة الفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يومن عليها وقيل لا يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطا فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضا فان لفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لو قوعه في باب لا ينبغي وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له راي فان لم يكن له راي وسال فقيها اخذ بقوله قوله واما تقليد الجاهل صحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيا من اقوال الفقها وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي رحمه الله فانه علل بقوله ان الامر بالقضا يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يتصل الى المقصود بالتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى

غيره

غيره لان المقصود من القضا هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره يويده ما ذكره احمد بن حنبل رحمه الله في مسند علي رضي الله عنه قال انفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضا فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضا بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا حينيذ لم يكن من اهل الاجتهاد نعم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث يتعلق العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله في حد الاجتهاد اشاره الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد قررناه في التقرير مفسرا وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين نير وقيل وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيده خالصة عن الفساد عن التشكيكات المكدره ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة بترتيب المطلوب على ما يصلح ان يكون سببا له من عرف او عادة فان من الاحكام ما يبتني عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك **قال** ولا باس بالدخول في القضا • ولا باس بالدخول في القضا لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضا بالحق فرض امر به الانبيا قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يودي هذا الفرض فلا باس بالدخول فيه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما في صلوة الجنازة وغيرها واجيب بانه كذلك الا انه فيه خطر الوقوع في المحظور فكان به باس والله اعلم **قال** ويكره الدخول لمن يخاف العجز • ومن خاف العجز عن اداء فرض القضا ولا يامن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه لئلا يصير الدخول فيه شرطا اي وسيله الى مباشرته القبيح وهو الحيف في القضا وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بعقد ار معنى مثل ان يقول لي على فلان او له على مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلما او بعض السلف الدخول فيه مختارا سوا وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا حنيفة رضي الله عنه دعي الى القضا ثلث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضا فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضا فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريره وذكر الصدر الشهيد في ادب القضا القاضي وجه تشبيه القضا بالذبح بغير سكين قال لان السكين يوثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يوثر في الباطن بازهاق الروح ولا يوثر في الظاهر ووبال القضا لا يوثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه لانه هلاك وكان شمس الايمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال

كيف يكون هذا امر دعا في مجلسه من يسوي شعره فجعل الحلاق يخلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموس والقى راسه بين يديه لم قال المصنف والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل وروى الحسن عن ابي يوسف ومحمد انه اذا قلد من غير مسئلة لا باس به وقال الترك عزيمة لانه قد يخطي ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا او لا يعينه عليه غيره ولابد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضا قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لان به لانه يلتزم انه يقضي بحق ولا يدري ايقدر على الوفا به او لا وفي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلد غيره من يصلح للقضا فاما اذا كان هو الاهل دون غيره يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقهم واخلا للعالم عن الفساد في الحد ودون القضا فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضا فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا ان كان السلطان يحث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى

قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها ○ من صلح للقضا ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسالها بلسانه لما روى انس بن مالك رضي الله عنه من قوله عليه السلام من طلب القضا وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف اي فوض امره اليه ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضا فقد اعتمد فهمه وورعه وذكاءه واعجب فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله متكلا القلب بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله ثم يجوز التقليد تفريع على مسئلة الفقه وذي يبين انه لا فرق في جواز التقليد لاهلية بين ان يكون المولي عادلا او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة تقلدوا القضا من معوية وكان الحق مع علي في نوبته ذلك حديث عمار بن ياسر وانما قيد بقوله في نوبته احترازا عما يقول الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفا قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام وعلما السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الافاق

قوله الا اذا كان لا يمكنه من القضا استثنا من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضا لا يحصل المقصود بالتقليد فلا فايدة لتقليده بخلاف ما اذا كان يمكنه

قال ومن قلد القضا تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله من تولى القضا بعد عزل اخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصيا وتقدير النفقات لانها اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا والا لا يفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكر والبينة حجة لانها يول اليها بالتذكر ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة وركان اوراقا لا يخلو عن امور ثلثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسلم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى كذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح في الفصول بين احترازا عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيها ما ذكر لما ذكر

قوله ويبعث امينين سال الكيفية التسلم وهو ان يبعث المولى رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفي فيقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسالانه شيئا

فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كيلا يشتبه على المولى وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجمعة تشتبه على المولى فلا يتصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا السؤال اي سؤال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وههنا لم يذكر فوجب ان المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسالان المعزول عن احوال السجلات وغيرها وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسالانه اي يسالان شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله يثبت له حسابه بابا بابا وينظر المولى في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم ويسال المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلابد من الفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ملزم على الواحد عرضه وعقوبته اي حبسه ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل المعزول عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسال عن الشهود فان عدلوا فكذلك فان لم يقم او لم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذ احلى يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان فليحضر فان حضر والامر راى القاضي ان يطلقه فان لم يحضر لرجل منهم خصم احد منه كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر امره كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة في اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا ياخذ هناك كفيلا على ما يجي ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تاخير الحق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه وان قال لا اكفل لي ولا اعطي كفيلا فانه لم يجب عليه شيء ينادي عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فان امتنع احتاط بوجه وهو ان يصبر بالندا عليه شهرا وينظر المولى في الودايع وارتفاع الوقوف لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب ما يقوم به البينة او باعتراف من هو بيده لانه لابد لعلمه من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول كانه بيده في الحال لو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذلك اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدا ذو اليد بالاقرار لغيره ثم اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشيء مما اقر به المعزول او يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان ابن فلان من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب اولا يتعلله واما ان يقول دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير من اقر له

القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع عن القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده لما مر ثم
اقر انه لفلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان غير من اقر له القاضي ودفعه الى القاضي وهو المذكور في
الكتاب اخرا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له اولا لسبق حكمه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر
له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول صحيح وجب تسليم المال الى المقر
واذا قال بعد ذلك دفعه الى القاضي وهو يقول لفلان اخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من
اقر له القاضي اتلف المال على من اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن
الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده او لا على كل واحد من التقديرين
يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير لثبوت الضمان او ثبوت العدم
ولم ار احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يحتاز
ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار من لا بد له لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد
لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا اقر بالملك لغيره بما في يده
صح اقراره ثم الاقرار باليد لغيره بعد لا يبطل الاول ولعله ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه ليمنع
في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقرار لغيره فيؤخذ منه ذلك قال
ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا ⦿ الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين
وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق بالناس قال الامام فخر الدين
هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة
مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو
نجس بقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد وفصل مالك رحمه
الله بين ما الحاكم في المسجد فيقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره
الثاني ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى
الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم كانوا يجلسون في المساجد
لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلوة **قوله** ونجاسة المشرك
جواب عن دليل الشافعي وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا تصيب الارض منه شيء والحائض تخبر بحالها فيخرج
القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة
فان قيل يجوز ان يكون الحائض غير مسلمة لا يعتقد حرمة الدخول في المسجد فيخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا
مخاطبين بفروع الشرائع فلا باس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا باس بذلك قال الامام فخر الاسلام اذا كانت
داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها ياذن الناس في الدخول فيها لان لكل احد حقا في مجلسه
ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة
قال ⦿ ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم ⦿ الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم
محرم له او ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء فالظاهر يكون على
صفة المستنبع وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد
الساعدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة
فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي الي فقال صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه
فينظر ايهدى له او لا واستعمل عمر رضي الله عنه ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك هذا فقال تناتجت

تخت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى اليك ام لا فاخذ ذلك
منه وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما القبول من
ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة
وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وان لا يكون وعبارة النهاية تدل على ان
المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد
فلانه ليس باكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان
المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة او لا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا سواء كان قريبا
او مهاديا قبل القضاء او لم يكن والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك او لا والثاني
كذلك لانه اكل بالقضاء فيجتنب اه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد قال الامام
فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما ازداد ماله بقدر ما زاد في المال لا باس بقبوله ثم ان اخذ القاضي
ما ليس له اخذها ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها
على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم
يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في
هذا العمل نائب عن المسلمين وكانت الهدايا من المغنم لهم ولا يحضر القاضي دعوة الا ان يكون عامة
قيل وهي ما يكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى
ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ الكتاب يدل على انه لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول
ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقيل في
الفرق بينهما بين الضيافة والهدية حيث جوزنا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوز احضور دعوته
ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وانما حدثت
بعده وما ذكروا في الهداية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر
الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي دعوته وان كانت
عامة لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الاخر والى التهمة **قال** ويشهد الجنازة ويعود المريض
الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم
ست حقوق روى ابو ايوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على
المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه
واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا
عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه عليه السلام نهى عن ذلك
روي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يضيف الخصم الا ان يكون
خصمه معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة **قال** واذا حضر سوى بينهما
اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما مولاه والاخر فقيرا او كان ابا وابنا يسوي
بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان اقرب الى القاضي فيفوت
التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل
السلطان الى القاضي يجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه
ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما كيلا يكون منفعة لاحد الخصمين على الاخر وفيه

دليل على ان القاضي يجوز له ان يجلس على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسوي بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ۝ ولا يكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا براسه ولا بحاجبه ولا يلقنه ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الاخر فيجبه عن طلب حقه فيتركه وفيه احتراز من تعلق به ذلك على خصمه ولا يمازح خصما ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضا وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس ويكره تلقين الشاهد ۝ تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا وكذا انكره لان ذلك اعانة لاحد الخصمين فكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضا مشروع لاحيا حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي وكان في التلقين احيا الحقوق بمنزلة الاشخاص والتعديل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفا وخمسماية والمدعى عليه ينكر خمسماية وشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل ان ابرا الخمسماية واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتاخير قول ابي يوسف رحمه الله يشير الى اختيار المصنف والاشخاص هو ارسال الراجل لاحضار الخصم

فصل في الحبس

لما كان الحبس من احكام القضا وتعلق به احكام افرده في فصل على حده وهو مشروع بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة خلا انه لم يكن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ولان نصب لايصال الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الادا ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس ۝ واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزا المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان ابيت اوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وان كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور المماطلة بانكاره وروي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الان لا اتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدراهم وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجي رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلوة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامه مما يغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر بالطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع لتضجر قلبه فيتسارع الى قضا الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم اخرجوه لانه اذا لم يكن

له

له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته فيطاهما حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضا شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطي ليس من اصول الحوايج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاوروهم في قضا الدين ويمنعون من طول المكث عنده ۝ فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده وان امتنع الغريم عن اداء ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسال عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزوال الغنى عن الملك محتمل والثابت لا يزول بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون موجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه فيما سوى ذلك يعني ضمان الغصب واروش الجنايات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد منه دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا بالبينة فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الادمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من يتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف لانه عرف دخول شي في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شي ولم يعرف قدرته على القضا فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلاثة اقوال وفي المسئلة قولان اخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخر ان يحكم الزي ان كان زي الفقرا كان القول له وان كان زي الاغنيا كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في الزي مع حاجتهم حتى لا يذهب ما وجههم فلا يكون الزي فيه دليل اليسار وقوله وفي النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان يوتيدان القولين الاخيرين اما تاييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر اولا كان القول قول المراة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما للذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق ما لا جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب عن المسئلتين نصرة لما ذكر فيه وتقريره انه اي النفقة على ما قيل لا اتفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا اسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بالابرا من له او بالقضا من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او

او الذي منه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال لا على القدرة لانه اذا علم انه لا يخلو
الخلاص منه في حبوته وثمانيه من محبسه الا بالايفاء اقدم عليه وذلك على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه
قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلثة
ثم يسال جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال وما يوقته فلانه
لا ظلمها وماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكر وروي غير التقدير بشهرين
او ثلثة بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة الحلواني وهو ارفق
الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس
بتقدير لازم بل هو مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في الحبس في مدة قليلة
ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر فان وقع في رايه ان كان هذا الرجل يضجر في هذه المدة
ويظهر المال ان كان له ولم يظهره سال عن حاله بعد ذلك فان سال عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي
من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لفظة الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم
يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فانه
يشهد شاهدان انه معسر خلي سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فيكون الشهادة
بامر حادث لا على النفي وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعرف انه معدم حلفه القاضي فان نكل اطلقه
وان حلف ابده الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط
وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برايه ولكن لو سال
كان احوط قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وبعد القضاء به لان الشهود
لم يشهدوا بمقداره ولم يقبلها فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب
الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي
بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة
عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك ليكون قدر الدين معلوما فاما
الشاهد على النصيب فليس يشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح
الفرق بينهما **قال** فان لم يظهر له مال خلى سبيله ه قال لم يظهر للحبوس مال بعد مضي المدة
التي راها القاضي برايه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة على ما تقدم
خلى سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس
بعد ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله بعد مضي متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه
انه لا يخليه ما لم تمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي وقالوا اذا ثبت اعساره اخرجه
من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبره
واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد
اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان يقبل في رواية ولا يقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ
وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد رحمه الله فيه روايتان في رواية لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو
بكر محمد بن الفضل وهو قول اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة وفي اخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر
انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا يقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت
واذا حبس ومضت مدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مؤونة الحبس لا يتحملها قال
في الكتاب اي القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون

بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك ام لا وسنذكره في باب الحبس ان شاء
الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا
ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق اذا ثبت
بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى تاويل فلهذا ذكره المصنف وتاويله بقوله ومراده ومراد محمد اذا
اقر عند غير القاضي او عنده مرة قبل ذلك فظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان يكون معتمد شمس
الائمة السرخسي فيما نقل عنه من الاطلاق كما تقدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر
هو التاويل **قوله** والحبس اولا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا ومدته ما بيناه
ليس فيه مخالفة لما بيناه ليحتاج الى ذكره هنا فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته
اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعته الى الحاكم حبسه لظهور
ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحدود والقصاص
قال الله تعالى ولا تقل لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احيا
ولده وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة تسقط بمضي الزمان
فلا يمكن تداركها وساير الديون لم تسقط به فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان
حبس لان ذلك لحق الغرما وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب عليه دينا وكذا الدين مكاتبه اذا كان من
جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة
الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره
لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقطه
الدين عنه كدين الكتابة

باب كتاب القاضي الى القاضي

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان الحبس يتم بقاض واحد وهذا باثنين
والواحد قبل الاثنين والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس
المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط
يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء
قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق ه يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق
يثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها اذا شهد به بخصم الشاهد عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى
سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا على خصم او لا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى
عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل من يمكن ان
يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل
لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة
ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ
وافق رايه او خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به
وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من
معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عند ادائها ان شاء الله تعالى
قوله وجوازه هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد
المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جوز الكتاب
لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله

يعني قول العبد ورقه في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة في المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته قوله وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلثة اشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمراة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة النبات والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيهما في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال الا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدعى لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقوله للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد وهذا هو الرواية الظاهرة في العبيد والجواري واستحسن ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبد دون الامة فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا وعنه اي عن ابي يوسف انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح ادب القاضي وصفة ذلك ان يخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى بخارى فطلب من قاضي بخارى ان يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه بحضرة العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد وياخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص لئلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارى ويشهد شاهدين الى كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا اخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد امين لئلا يطاها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض صلاح بانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا او يستغله فياكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلى والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول والله اعلم قال ولا يقبل الكتابة الا بشهادة رجلين • لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين او رجل وامراتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامراتين فلانه حق لا يسقط بالشبهة وهو مما يطلع عليه فيقبل شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب واجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستيمان

يعني

يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو امنه الامام صح لانه ليس بملزم فان الامام رايا في الامان وتركه بخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا ترى انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتخاذ كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله او اتخاذهما في عدم القبول لان القياس يابى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على الرسول القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال ويجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه • شرط ابو حنيفة ومحمد علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لو لم يعلموا ما فيه كانت شهادة بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه اليهم لئلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا اخر غير مختوم ليكون معهم معا ونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف اخرا ليس من ذلك شرط بل اذا اشهدهم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال اخرا لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا على الناس قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم • لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما عليه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به والله اعلم قال فاذا سلمه الشهود اليه • اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه بما فيه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في الهداية ظهور العدالة للفتح حتى لو لم يظهر فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف وصح انه يفض الكتاب اي يفتحه بعد العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم يظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فك الختم فلا يمكنهم ذلك وهكذا ترى انه ذكر ظاهرا فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح اذا كانت العدالة شرطا ولم يظهر فاما اذا لم يكن شرطا فكما اد والشهادة جاز فتحه فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن وقد استدل على ذلك

بان ذلك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم يظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان ذلك الخاتم عمل للكتاب لا بد ولعل الاصح ما قاله محمد من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد وفي المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او خرج عن اهلية القضاء بجنون او اعماء او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول البعض قول المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب وقال ابو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء وانه لا يمنع ولنا القول بالموجب وهو ان الكتاب وان كان نقلا الا ان هذا لسماع البينة وما وجب على القاضي لسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل امضائها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض اخر في غير عمله او في غير عملها وهذا ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او في الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصار كالامناء في الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل احد فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعا له بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا امنعه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول ابي يوسف في جوازه فانه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي رحمه الله في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهو غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما والله اعلم

فصل آخر

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان محلا انفذ به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الراي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محال الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يليه وهذا يدلك على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله اخر ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل وقيل هذا احتج بقوله فصل اخر والاولى ان يجعل هذا فصلا اخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل اخر

قال ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص ○ قضاء المراة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتهما وقد مر الوجه الوحداني في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء في غيرهما وقيل اراد به ما مر من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعذره وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك

لانه

لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقفه بوقت يفوت القضاء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بان افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جائز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة واجيب بانه لما شرع في الجمعة وصار خليفة الاول التحق بمن شهد الخطبة وارى ان الحاقه بالثاني لعدم شروعه في تلك الجمعة اولى فتامل **قوله** ولا كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتاخير عنه العذر فمن اذن بالجمعة مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو ثم رضاه انه استخلف وقضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجازه الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما في الوكالة فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازه الاول جاز وقوله لانه حضره راي الاول ليصلح دليلا للمسئلتين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره راي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي او اجازه قضاء حضره راي القاضي فيكون راضيا واما في الوكالة فيجيء في كتاب الوكالة فقيل الاذن في الابتداء كالاجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان البقاء اسهل من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره راي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيدا به **قوله** فاذا فوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له ان يولي غيره فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ول من شئت واقتصر على ذلك كان امرا له بالتولية والعزل خلافه واذا اضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان امرا له بهما فكذا لو اذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة فيما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء واجيب بان اوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد عجز الموصي عن نظره على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون نوع الفساد في القضاء اكثر

قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه ○ اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم على فلان القاضي بكذا وكذا ابتداه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة اي المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناه في التقرير على ما ينبغي او الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا قضى على الذي مضت سنون بحكم بسقوط الدين عن عليه لتاخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون وهو دليل للاستثناء فكانه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احدهما انه قيد بالفقهاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرايه او مخالفا له

اذ القدوة وهو مخالف لرايه فيما يوافقه اولى ورواية الفقد وروى ساكته عن القايلين جميعا والاصل
في نفاذ القاضي اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده
غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول في ان كلا منهما يحتمل الخطا وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما
دونه درجة وهو ما لم يتصل بالقضاء ولقايل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على راي المجتهد فكيف يصلح
الفرع مرجحا لاصله ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه او مطلقا والثاني
فانه يجوز ان يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلا فرع اذا التحق المساوي
للشيء في القوة لا يرفع ما بايا وبه فيما مع شيء اخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر
انه لما شغلته اشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال
ان زيدا قضى علي يا امير المومنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا امير المومنين الساعة فاقض
لي فقال عمر لو كان هنا نص اخر لقضيت لك ولكن هنا راي والراي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا
لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان وجه النفاذ وهو دليل النسيان ايضا
بطريق الاولى انه ليس بخطا بيقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم فيه نافذ كعامة المجتهدات ووجه عدمه
انه زعم فساد قضائه وهو مواخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو
خطا عنده فيعمل بزعمه قال المصنف وعليه الفتوى والله اعلم قال ثم المجتهد فيه ان لا يكون
مخالفا لما ذكرنا ٥ لما ذكر ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم فيه ما لا
يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى اخر لم ينفذه بل
يبطله حتى لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاجتهاد بخلاف المجتهد
فيه فانه اذا رفع الى الثاني نفذه كما مر فاذا نقض فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول
كان في محل الاجتهاد وثبوتا نفذ بالاجماع والثالث مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من
مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تاويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امراة الاب وجاريته ان وطيها الاب فلو حكم حاكم
بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة منها كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور
اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه
الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المصنف هذا على ما اذا كان المخالف
الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه
احد وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الرمة بدونه فاما اذا سوغ له
ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة
وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الايمة
ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاول غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلما
قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو
الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برايه
بما يخالف راي من تقدم عليه في الصدر الاول ورفع ذلك الى الحاكم لم يرد ذلك كان له ان ينقضه والله اعلم
قال وكل شي قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه ٥ كلما قضى القاضي بتحريمه في الظاهر
اي فيما بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى بالحلال لكن بشرط ان تكون الدعوى بسبب معين
كنكاح وبيع او طلاق وعتاق لا في الاملاك المرسلة وهو مسالة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة

الزور

الزور ومن العقود ما اذا ادعى على امراة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بينهما
بالنكاح حل للرجل وطيها وحل للمراة التمكين منه على قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاول خلافا
لمحمد وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف الاخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها ما اذا قضى بالبيع
بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية او من جهة البائع مثل
ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطيها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح
بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل مما يتغابن فيه الناس او لا عند بعض المشايخ
لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قضاء والانشاء هاهنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن
فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد الماذون له والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم
انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضرة من الشهود لانها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لانه
يصير منشيا وانما يصير منشيا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومن الفسوخ
ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور فقضى القاضي حل للبائع وطيها ومنها
اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج اخر بعد
انقضاء العدة فحل للزوج الثاني وطيها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين
او لم يعلم بذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطي لان الفرقة عندهما لم يقع باطنا وان
لم يعلم يحل له ذلك واما الزوج فلا يحل له الوطي عند ابي يوسف اخرا وان كانت الفرقة لم يقع باطنا لانه
لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحد به وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابي يوسف الاخر يحل وطيها سرا وعلى
قول محمد يحل للاول وطيها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال او لم
يعلم والله اعلم قال ولا يقضي القاضي على غايب ٥ القضاء على الغايب وله عندنا لا يجوز الا اذا
حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا
يصح في الاصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة
وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجب للقاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة
لان الشهادة خبر محتمل للصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها
حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا اذا
ولم يوجد فان قال قد علم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله
منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم انه لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا لظلمة
ان اراد فلا بد لتوقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة
الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان
الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو
لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا
كانت شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسياتي له جواب اخر وان
قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لانه ان حضر فاقر لزمت
الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فان عندنا لا يظهرها الا بالنزاع وبانه
مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود وبينته او يسلم الدعوى ويدعي الاداء وبينته او يقر فيبطل القضاء بالبينة
فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوايد قوله
ولانه يحتمل الاقرار الى اخره دليل اخر على المطلوب والضمير للشان ويجوز ان يكون ان ونسبه في وجه القضا

واعمل الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار ووجه القضا يختلف بهما من الخصم فنسبته على الحاكم
ووجه القضا لان احكامهما مختلفة فان حكم القضا بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع وبظهور في
الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية
فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة
مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع
الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة
بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا
او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي
سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب اجبناه عن الحديث الاول بانه يدل على
ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة
البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب او لا وليس فيه ما يدل على نفي
او اثبات وقد اقام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه حين بعثه
الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك تدري كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث
حسن وعن حديث هند بان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان
الا ترى انه لم يكلفها اقامة البينة. قوله ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني لا يقضي القاضي في
غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضا لان الشرط قيام الانكار
وقت القضا لان البينة انما تصير حجة بالقضا وهو الجواب الموعود بقولنا سياتي وفيه خلاف ابي
يوسف رحمه الله فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضا وهو ثابت بعد غيبته
بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات والله اعلم. قال ومن يقوم
مقامه. لما ذكر ان القضا على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم
ان قيام الحاضر مقام الغائب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل
هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون
ما يدعي به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لازما سوا كان
المدعى واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار داره
اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شي واحد وما ادعى على الغائب
وهو الشرا سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشرا من المالك سبب للملك لا محالة او شيئين مختلفين
كما اذا شهد شاهدان لرجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فاقام المشهود له
بينة ان فلان الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعي شيئان المال على الحاضر والعتق
على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان الشهادة لاهلية الشهادة لا ينفك
عن العتق بحال فالقضا فيهما على الحاضر قضا على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى
شي واحد في الاول او كشي واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا
يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظاير في الكتب المبسوطة والمصنف لم يتعرض الا للسببية واما ان يكون المدعى
شيا واحدا او شيين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الذي اذا اثبت ثبت بلوازمه
وقيد بالسبب بقوله لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما
عن الغائب كما اذا قال رجل لامراة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان

قد طلقني

قد طلقني ثلثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على
الغائب حتى اذا حضر وانكر الطلاق تجب عليها اعادة البينة لان المدعي على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب
لازم لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن
وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت
المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضي بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف
ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق ينصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان ما يدعى به على
الغائب شرطا لحقه اي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق فادعت امراته وقد وقع الشرط واقامت على ذلك بينة قال المصنف لا معتبر
به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان بينتها على فلان الغائب لا يصح لان ذلك ابتدا
القضا على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر
خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو
السبب اللازم والتوقف فيه اكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على
الغائب وهو في الشرط موجود واخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو ما ينصبه وكيلا عن الغائب ليسمع
الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي ولا كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره
في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانه اختاره والله اعلم. قال ويقرض القاضي اموال
اليتامى. للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل يذكر الحق وهو الاقراض لان في
اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فان القاضي لكثرة اشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة
ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها
فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يومن من التوي بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج
لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن
لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوي باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه
ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار فخر
الاسلام والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية
القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يامن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه
قالوا يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك. باب التحكيم
هذا باب من فروع القضا وتاخيره من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي
لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى
فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلا
ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية
عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع
التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف لكنهما وقعت فانهما جايزان في القضا
دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة
والصلح لا يتعلق ولا يضاف بخلاف القضا والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية
القضا فلو حكما امراة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها. قال ولا
يجوز تحكيم الكافر والعبد. قد تقدم ان اهلية القضا باهلية الشهادة ثم ليس فيه ذلك لا يصلح حاكما
ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي اي حكمه المسلمون وان حكمه اهل الذمة جاز لانه من اهل

الشهادة بنفسه ومن اضيف اليه فيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صح دون
الاسلام قلنا الحكومة والحد وقوله في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سبق والفاسق والصبي
لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق ينبغي ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق
لا ينبغي ان يقلد القضا ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما
لا نفاذهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا
يحتاج الى عدمهما بل يعدم لعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان قيل
اخراج احدهما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا انما تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع
لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع
حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه ان نقضه لم يحكم الا بذلك فلا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه
وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضا الاول بمنزلة حكم
نفسه وان خالفه ابطله لان حكم الحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان
خالف مذهبه لعموم ولايته وكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز للقاضي اخراجه برده ولا
يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام
المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف قال شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف
والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفا اليهما وهما من حقوق العباد
فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله
لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك
لان حكم المحكم ليس بحجة في غير حق المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات وهذا كما ترى
اشمل من تصنيف وقالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا تخصيص القدوري الحدود والقصاص
يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن اصحابنا
وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن هذه الفتوى بذلك قال شمس الائمة الحلواني مسألة حكم الحاكم بعلم ولا يفتي بها وكان
وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول لم يكتم هذا الفصل ولا يفتى
كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكما في دم خطا لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان
يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم
وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه
ويخالف النص حديث حمل بن مالك في موافقة كما سياتي في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى قوله الا اذا ثبت
استثنا من قوله رده القاضي اي رد قضاه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله
واما ارش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة
وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول وكان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم
الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا
وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع
وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حكما عليهما يتسلطها
جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر الحكم باقرار احد الخصمين
بان يقول لاحدهما اعترفت عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر
عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان الحكم يملك انشاء الحكم عليه

بذلك

م بحكم الحاكم المحكم

بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرار
او بينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فلذا ههنا وان اخبر بالحكم
مثل ان يقول الحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت
بكذا وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية الشهادة شرط للقضا والشهادة لهؤلاء غير مقبولة
فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم غير مقبولة لعدم
التهمة فكذلك القضا واذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الرأي فلو حكم احدهما لم يجز
لانهما انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى ولا يصدقان على ذلك بعد القيام من مجلس الحكومة
حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا يقبل شهادتهما على فعل باشراه والله اعلم

مسائل شتى

مسائل شتى اي متفرقة من شتت تشتيتا اذا فرق ذكر في اخر كتاب ادب القاضي
مسائل منه كما هو دأب المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات عن الكتاب
ويترجمونه بمسائل شتى او منثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى اخر كتاب القضا ويمكن
ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضا بالمواريث والرجم وانه لجدير بالتاخير لا محالة واذا كان علو لرجل
وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو وليس لصاحب
العلو ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل عند ابي حنيفة
وقالا جاز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضره وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة يعني ان ابا حنيفة انما منع
مما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا
يتضرر به الاخر متفقا مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس ذلك
بتفسير له وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا لعارض
الضرر فاذا لم يضر لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق وانما يظهر ثمرة الاختلاف اذا اشكل فعندهما لم يخرج
لان الاطلاق يقين واليقين لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق حق محترم للغير وهو
صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا فاذا تعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما منع حق
المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق تعارض وهو الرضى به دون عدم
الضرر فتامل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من
توهين بناء او نقضه فيمنع استظهارا على المنع لافادة ما قبل ذلك قال واذا كانت
زائغة مستطيلة سكة طويلة غير نافذة يتشعب عن يمينها او يسارها مثلها على هذه
الصورة

ليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى
لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار
بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم فكذا ههنا الا ترى انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل
السكة العظمى ان ياخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة
ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع لجداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه
اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه
المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب
الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ان الزائغة الاولى
غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع
اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزائغتين جميعا لان الاشارة

بذلك الى المشي والمرء مجحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارايتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم
من اله غير الله يأتيكم به اي بذلك على احد الوجهين وان كانت الزائغة القصوى مستديرة لزق طرفاها ببعض
سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في اي موضع
شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة
اذا بيعت دار منها بصفة الدورة

كتاب الصلح

قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده
اي دار بيد رجل ادعى عليه احد ان له فيها حقا وانكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسئلة الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء
الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلوم منه مقدار شرط صحة الدعوى الا ترى انه لو ادعى
على انسان شيئا لا يصح دعواه اجيب بان المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لان
جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما افضى اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعى
اما ان يكون مانعة صحة الدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنها لم تصح كذا ذكره
في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب
باختيار الشق الاول ولا نسلم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع
الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة
لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد بالاعلام مقدار ما يدعي فلا يكون رده مفيدا قال ومن
ادعى دارا في يد رجل ❁ ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانها ملكه
بطريق الهبة والتسليم والتسلم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال له لي بينة تشهد على الشرى
لاني طلبت منه فجحدني الهبة فاضطررت الى شراها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البينة على
الشرى قال شهدت على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من
حيث ان المدعي ادعى الشرا بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها والفا للتعقيب والشهود شهدوا
بشراها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان بنت موجب الشهادة وقد تقدم
وقت الشرى على وقت الهبة لانه حينئذ يكون قائلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشرى قبل الهبة فكيف
يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشرى وان شهدوا بالشرى بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت
لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها
اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كانوا ادعى الهبة ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام
البينة على الشرا قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم يقبل ايضا لان دعوى الهبة
اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشرا قبلها رجوع منه فعد مناقضا واما اذا ادعى الشرا
بعد الهبة فثابت لانه يقرر ملك الواهب عندها فلغير بما بين قيل ينبغي ان لا يقبل في هذه الصورة ايضا
لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل ولو فسخ
الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشرا منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فالفسخ والهبة
بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية
رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكره ان اجمع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقيل ان
يشهد بلسانه على العزم بالقلب ان لا يخاصم معه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد
كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل قبلا
فثبت انه بقاء فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة

ثم انفسخ

في الفوائد الظهيرية كان الذي يقول الصلح على الانكار
لا يصح ان اليمين [illegible] بالدعوى الصحيحة
فاذا كانت الدعوى غير صحيحة لا تتوجه اليمين فلا يجوز
افتداء اليمين ولكن هذا على اصل ابي حنيفة مشكل
فان الرجل اذا ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد ثم صالحته
على مال [illegible] الصلح وعندنا لا يكون [illegible] اليمين
لانه لا يستحلف [illegible] ويقال الصلح
انما يصح لدفع الشغب وقطع الخصام [illegible]
المعنى لا تفاوت بين الدعوى الصحيحة [illegible]
والدعوى [illegible] الف [illegible] المدعي
يتحقق بعض الشغب والخصام وهذا يندفع
بالصلح
نهاية
كاكي

ثم انفسخ من الجانبين قبل لو جاز وقيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لما ان لامرأة جحد زوجها
النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج اخر اقامة لما مقام الفسخ لكن لقائل ان يقول حاله ذلك واجيب بان
التي تقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك والغير بالفسخ والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف تقوم غيره
مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كمن عزم على الفسخ فان العقد لا ينفسخ
بمجرده ولهذا بترك المصنف في الجواب فقال لانه بمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك
الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يشاكله كالاستخدام لان ذلك لاجل ان لا يخلو الفسخ عن تحقيق
فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما ولذا قالوا قرانه لاجل ان لا بد له وطؤها لان البائع متى ما
يقتصر على ملكه ما لم يردها المشتري لو يوجد ذلك لان القابل موجود دلالة قوله ولانه لما
احر المشتري للجاحد العقد صار بالسف البيع منه ولما تقد ثبات رضا البائع وقوله لوجه الفسخ لو
ركن البيع فيستقل به فيحمل عزمه فضلا على ما عزم العزم الذي ليس ان الانفساخ كان في الاول
على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني ثمرة
على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم
ثم ادعى انها زيوف صدق وقوله [illegible] كان مفصولا او
موصولا وذلك على دلالة [illegible] النكات والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير
موضع قبض فيقع المعنى هنا واحد والكلام فيها سواء وجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم
الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم
يكن من جنسها كان التجوز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار
بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق قبضه لان ما ليس ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى
انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع الملازمة
وقوله حملا لحاله على ما له حق مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض
ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فدعواه الزيوف
لم يكن مناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس
الدراهم لما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون
المقبوض زيوفا او نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي ولان حقه في
الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا
ومن هذا ظهر الفرق بينما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وانكره فان القول قول البائع لان المشتري
الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو
منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول وفيه نظر
قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا
اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا
يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق ان في قوله قبضت مالي عليه او حقي عليه جعل مقرا
بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان
علي الف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ
على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان
علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ها هنا قوله وفي النسخ

ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم صح

في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان
علي الف من ثمن متاع الا انها زيوف او نبهرجة
لم يصدق عند ابي يوسف ومحمد زيادة وصل ام فصل في قول
ابي حنيفة وقالا يصدق ان وصل ولا يصدق ان فصل
ولو اقر بمال غصبا او وديعة وقال هي ستوقة او
زيوف صدق وصل ام فصل فلو قال علي الف
درهم من غير ذكر التجارة او الغصب وقال لبعض
مشايخنا [illegible] الخلاف ايضا وقيل يصدق
ههنا اذا وصل بالاتفاق
كاكي

لا يصدق في تعيين لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك بل فيه تفصيل عن المبسوط في اخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى وكان الاعتراض عليه قويا فقال هو لعدم التوفيق في كلام المصنف فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا اولا فلم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الاخر بقي الكلام فيما اذا اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير الخ ذلك عن الاصحاب او عن المشايخ وقد اختاره المصنف فانه ما عزاه الى شيء من النسخ وتمسك باستثناء الدينار قد لا يتهم لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله اردى من الزيف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب ستوق وهو اردى من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم والله اعلم

قال ومن قال لاخر لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته اولا والاول يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى نصب ثم خصمه فعلى هذا اذا قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان المقر اقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي عليك الف درهم غير مفيد لانه دعوى فلا بد لها من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انهما حقهما فبقي العقد فعمل الصفقة بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الاخر بالرد قلت ان علم المقر عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطيها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والفعل كان دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب وذلك لانه لما قال بعد استيفاء يستفيد وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ الثمن وان كان الثاني كما اذا اقر بنت عنده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد وان وافقه المقر على ذلك والله اعلم

قال ومن ادعى على اخر مالا اذا ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو رواية عن ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا ترى انه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح

قال الامام العلامة قوام الدين الكاكي في معراج الدراية فان قيل ينبغي ان لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار [illegible] انتهى كلامه

على شيء

على شيء ثم يثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شيء والمسألة بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا قال والدليل المسألة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسألة الكتاب بفصل دعوى القضاء والرق فقال الا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على الابراء او العفو او الصلح معه على ما قلنا وكذا لو ادعى رقبة جارية فانكرت واقام البينة على رقبتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولا رايتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسألة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا اختلاط ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل بينته وقيل يقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة

قال ومن ادعى على اخر انه باعه جارية هذه ومن ادعى على اخر انه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البائع فاقام البينة انه بريء اليه من كل عيب لم يقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف اثبته عن ابي يوسف واشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكر اصلا ثم اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا ان يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته ان يبرئني عن العيب فابرأني وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد انكره فكان متناقضا بخلاف مسألة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر

قال ذكر حق كتب في اسفله اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في اخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله تعالى او كتب في كتاب شراء ما ادرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند ابي حنيفة وقالا الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خاصة وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال لازم للمقر لانه استثناء والاستثناء ينصرف الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما وضع للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا او اذا لم يكتب في اخره ان شاء الله والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف لابي حنيفة ان الكل فيما هو فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة فيقبل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبته ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من توكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح الا لضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بمانع لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة

في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو الاحتراز عن قول ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت بوجوده كعدمه والله تعالى اعلم

فصل في القضاء بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع **قال** واذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهذا الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحيوة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات كذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وهو صاحب وان كان منقطعا كان القول للمستأجر وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر معتبرة لدفعها في استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو اي زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر الاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك ولهذا القدر تم الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسئلة منهما اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى فجاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان قولهم واما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي نفيا وها الى ما بعد الموت والنظر الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيقبل قولهم الاستدلال به **وقوله** ويشهد لهم ذلك اشارة الى وجه آخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ولو نقض بنقض اجمالي وهو ان ما ذكرتم على ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضي بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر واما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل **قال** ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة ۝ رجل مات وله في يد رجل اربعة الاف

درهم وديعة فاقر المودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه الى المقر له لانه اقر ان ما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه يقبل حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال موهوم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن او لا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المبيع عنه يضمن وكذا امرؤ وكله وان سلمها هل له ان يستردها قبل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون يقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول فال ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول لنفي وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذبه احد فصح اقراره وحين اقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعد ما اقر لغير من اقر له القاضي وفي نقد في ادب القاضي واما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يكون يلزمه الاقرار **قال** واذا قسم الميراث بين الغرماء ۝ اذا احضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا فاما له فاما ان يعترف ذو اليد او لا فان كان الثاني واقام على ذلك بينة فهو على ثلثة اوجه احدها ان يقيم البينة انه تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عدد هم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهذان بالاتفاق والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدره الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان مما يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد واقلهما وهو الربع والثمن عند ابي يوسف وقول ابي حنيفة مضطرب فان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال ابو حنيفة لا يؤخذ وسبب القائل به الى الظلم قيل اراد به ابن ابي ليلى وقالا له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة لهما ان القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذها كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يقرّ بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر بيقين او ظاهرا ان كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهار ذلك

بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لموهوم وكمن ابتاع شراء
من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل
وان كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل
قوله ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة
الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا اقر به ذو اليد يؤخذ منه
كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة المجهول اجيب بانه اذا اقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له صحة
كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا لا محالة واقل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرتاشي
فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق
المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي
ذلك تأخير حق ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التأخير جائز واجيب بان التلوم ليس لحق
الموهوم بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق
بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بـ
شهادة لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة
ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المدعي بخلاف طلب الكفالة قوله بخلاف النفقة جواب عما
استشهد به من المسائل اما مسألة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع
الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا فتصح الكفالة واما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما
روايتان قال في رواية لا احب ان يأخذ منه كفيلا وقال في رواية احب ان يأخذ منه كفيلا كذا في شروح
الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال العتابي ان دفع العبد
باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع قال المصنف لان الحق غير ثابت ولهذا
كان له ان يمنعه قوله وقوله اي قول ابي حنيفة ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكره تنبيها لما ذكره بقوله
وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة ان المجتهد يخطئ ويصيب ويفيد ان اصحابنا
المتقدمين براء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب وادعاؤهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة
والصحابة وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى ومنه توفيقي قال واذا كانت الدار في يد رجل
دار في يد رجل اقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي
له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا اي
ترك النصف الآخر في يد من هو في يده عند ابي حنيفة واما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا
فبالاجماع وقالا ان كان الذي في يده الدار جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يد امين وان
لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقر امين فيجوز ان يترك
المال بيده ولابي حنيفة ان القضاء وقع للميت مقصودا يقضى ديونه وينفذ وصاياه ومن وقع
له القضاء يعتبر فيمن المقضي بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا ينقض يده بيد من هو غير
مختار له وانما قال واختار كونه لان كون المال بيده من بيده باختيار الميت ليس بقطعي واختار ذلك
لفقد المطلوب فاكتفى به كما اذا كان الامر بيده مقرا فانه انما يترك الباقي بيده لذلك قوله وجحوده
جواب عما ذكراه ووجهه ان الخيانة بالجحود اما ان يكون باعتبار ما مضى او ما سيأتي والاول قد ارتفع بقضاء
القاضي فلا خيانة والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك
وكتبت في الخريطة الظاهر ان لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا بقاء موت القاضي والشهود

ونسيانهما

لا يجب عليه ان يلازم المرأة حتى المرأة ان تلزم الزوج بعد الزوج اذا الكفيل انما يكفل عن المرأة للزوج وذلك اذا نشزت او صرحت نحو ان تكون ناشزة او اذا ادعى الزوج انه اعطاها النفقة او اذا انكر قيام النكاح

ونسيانهما الحادثة واحتراق الخريطة امور محتملة فكان الجحود محتملا الا ان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو
كانت الدعوى في منقول والمسألة بحالها فقد قيل يؤخذ من يده النصف الآخر بالاتفاق والفرق بينه وبين
العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه اما انه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه
ليس بحصين بنفسه لقبوله الانتقال من محل الى محل واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد
من بيده ربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه واذا انتزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان موعدا لا
ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير
الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية
التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه ومن المشايخ من قال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة فيه
اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في هذه كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على
الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من بيده
ربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس
وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق قوله وانما لا يؤخذ الكفيل
راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي قد لا يحتج
نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب ان
القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت
يحمل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه
رافعا للشيء كان منشئا له هذا خلف قوله واذا حضر الغائب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة اذا حضر
فمنهم من قال لا بد لك على قياس قول ابي حنيفة في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على انه قتل اباه عمدا ثم حضر
الغائب فانه يحتاج الى اعادة لها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف قال الامام فخر الاسلام وهو
الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما سيجيء
دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة
عنه في ذلك كالوكيل بالخصومة اذا غاب احدهما كان للآخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على
احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل
واقام عليه البينة يثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع
كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه
فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره ولقائل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره فيما
زاد ولا محظور فيه وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل
التشكيك قوله وصار كما اذا صارت قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت او عليه كما ذكرنا
بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر وقوله الا انه استثناء من قوله
لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعني انه لو ادعى على احد الورثة دينا على الميت
يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون
خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال ومن قال مالي في المساكين
صدقة رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال
التي تجب فيها الزكوة كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس مال الزكوة
والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين محيط بماله لزمه التصدق به فان قضى

به دينه لزمه التصدق بقدره وعند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم تجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك فان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما قال به زفر لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد ن الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات او لانه في معنى الصلوة لانه لانتظار اوقات الصلوات ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية قوله ولان الظاهر دليل اخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة لان الحيوة مظنة الحاجة الى ما يقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال الزكوة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي حنيفة يوسف لان سبب الصدقة اذ جهة الصدقة فيه عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة ولا يدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة مع محمد لانه اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبيد الخدمة واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه يتمحض مؤنة لان مصرفه للمقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال ذكرنا او غيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال واذا عم ينصرف الى اموال الزكوة ايضا اظهارا للزيادة عمومه فان قيل الصدقة في الاموال مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال فلا يخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لانه حينئذ لا يجب لا يكون العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سواء فيما يصرف فيختصان باموال الزكوة وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي ولان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظ المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه ثم اذا اصاب شيئا يتصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه فيلزم العيال وقلته وقيل المحترف قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وصاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها الانسان لشهر لان يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء بالمواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث **قال** ومن اوصى اليه ولم يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء بالمواريث ما ذكرنا انفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي

ويبيعه

ويبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول بالثاني لان وصف الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا انابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم بالتصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه يصح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصدا وهذا كما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احداهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلابد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا او على اضداد ذلك بعد ما كان مميزا اجاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولابي حنيفة انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في معناه فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك لان عبارته عبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله **قال** وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة وصاحبيه في اشتراط احد شطريها فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمصنف ترك منها مسئلة اما الاولى التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من قبل نفسه وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه يثبت عندهما خلافا له وقيد بقوله من قبل نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ههنا والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعد ذلك بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما واول النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيها الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بالاخلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف **قال** واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي

وَالقَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ الامَامِ وَالامَامُ لَا يَضْمَنُ كَيْلَا يَتَقَاعَدَ عَنْ قَبُولِ هَذِهِ الامَانَةِ فَيُضَيِّعَ الحُقُوقَ وَيَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلَى الغُرَمَاءِ لِانَّ البَيْعَ وَاقِعٌ لَهُمْ وَلِهَذَا ابِيعَ بِطَلَبِهِمْ وَمَنْ وَقَعَ لَهُ البَيْعُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ المُشْتَرِي اِذَا تَعَذَّرَ الرُّجُوعُ عَلَى العَاقِدِ كَمَا اِذَا كَانَ العَاقِدُ صَبِيًّا مَحْجُورًا اَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَهَهُنَا قَدْ تَعَذَّرَ الرُّجُوعُ عَلَى العَاقِدِ لِمَا ذَكَرْنَا فَيَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلَى الغُرَمَاءِ وَاِنْ اَمَرَ القَاضِي الوَصِيَّ بِبَيْعِ العَبْدِ لِلغُرَمَاءِ ثُمَّ اسْتُحِقَّ اَوْ مَاتَ قَبْلَ القَبْضِ وَضَاعَ الثَّمَنُ رَجَعَ المُشْتَرِي عَلَى الوَصِيِّ لِانَّهُ عَاقِدٌ نِيَابَةً فَاِنْ اَوْصَى اِلَيْهِ المَيِّتُ فَظَاهِرٌ وَاِنْ اَقَامَهُ القَاضِي فَكَذَلِكَ لِانَّ القَاضِيَ اِنَّمَا اَقَامَهُ نَائِبًا عَنِ المَيِّتِ لَا عَنْ نَفْسِهِ وَعَقْدُ النَّائِبِ كَعَقْدِ المَنُوبِ عَنْهُ ٥ فَصَارَ كَمَا اِذَا بَاعَهُ المَيِّتُ بِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وَفِي ذَلِكَ كَانَ يَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلَيْهِ فَهَهُنَا يَرْجِعُ عَلَى مَنْ قَامَ مَقَامَهُ ثُمَّ يَرْجِعُ الوَصِيُّ عَلَى الغُرَمَاءِ لِانَّهُ عَامِلٌ لَهُمْ وَاِنْ ظَهَرَ لِلمَيِّتِ مَالٌ يَرْجِعُ الغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ اَيْ يَاخُذُ دَيْنَهُ مِنْ ذَلِكَ وَهَلْ يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَ المُوصِي فِي ذَلِكَ المَالِ فَفِيهِ اخْتِلَافٌ قَالُوا يَجُوزُ اَنْ يَرْجِعَ بِذَلِكَ اَيْضًا لِانَّ هَذَا الضَّمَانَ لَحِقَهُ فِي اَمْرِ المَيِّتِ وَقِيلَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِانَّهُ اِنَّمَا ضَمِنَ مِنْ حَيْثُ اَنَّ العُهْدَةَ وَقَعَتْ لَهُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ اَنْ يَرْجِعَ عَلَى غَيْرِهِ وَالوَارِثُ اِذَا بِيعَ لَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الغَرِيمِ لِانَّهُ اِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ كَانَ العَاقِدُ عَامِلًا لَهُ وَاللهُ تَعَالَى اَعْلَمُ

فصل آخر

جَمَعَ فِي هَذَا الفَصْلِ مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةً يَجْمَعُهَا اَصْلٌ وَاحِدٌ يَتَعَلَّقُ بِكِتَابِ القَضَاءِ وَهُوَ اَنَّ قَوْلَ القَاضِي بِانْفِرَادِهِ قَبْلَ العَزْلِ وَبَعْدَهُ مَقْبُولٌ اَوْ لَا

قال وَاِذَا قَالَ القَاضِي قَدْ قَضَيْتُ • اِذَا قَالَ القَاضِي قَدْ قَضَيْتُ عَلَى هَذَا بِالرَّجْمِ فَارْجُمْهُ ٥ اَوْ بِالقَطْعِ فَاقْطَعْهُ اَوْ بِالضَّرْبِ فَاضْرِبْهُ وَسِعَكَ اَنْ تَفْعَلَ ذَلِكَ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَعَنْ مُحَمَّدٍ اَنَّهُ رَجَعَ عَنْ هَذَا وَقَالَ لَا تَاخُذْ بِقَوْلِهِ مَا لَمْ تَكُنِ الشَّهَادَةُ بِحَضْرَتِكَ وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْهُ لِانَّ قَوْلَهُ يَحْتَمِلُ الغَلَطَ وَالتَّدَارُكُ غَيْرُ مُمْكِنٍ وَاسْتَحْسَنَ المَشَايِخُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ اَنَّ القَاضِيَ اَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اِنْشَاءَهُ لِانَّ المُتَوَلِّيَ يَتَمَكَّنُ مِنْ اِنْشَاءِ القَضَاءِ وَمَنْ تَمَكَّنَ مِنَ الاِنْشَاءِ عَمَّا يُخْبِرُ بِهِ لَمْ يُتَّهَمْ فِي خَبَرِهِ وَفِيهِ بَحْثٌ وَهُوَ اَنْ يَتَمَكَّنَ مِنْ ذَلِكَ بِحُجَّةٍ اَوْ بِدُونِهَا وَالثَّانِي مَمْنُوعٌ وَالاَوَّلُ يَجُرُّ اِلَى غَيْرِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مِنْ مُعَايَنَةِ الحُجَّةِ وَلِاَنَّ القَاضِيَ مِنْ اُولِي الاَمْرِ وَطَاعَةُ اُولِي الاَمْرِ وَاجِبَةٌ وَفِي تَصْدِيقِهِ طَاعَةٌ فَيَجِبُ تَصْدِيقُهُ وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الاِعْتِمَادِ عَلَى قَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِفْسَارٍ وَقَالُوا اِنَّهُ اِذَا كَانَ القَاضِي عَدْلًا عَالِمًا وَعَلَى هَذَا اَتَى بِالاَقْسَامِ العَقْلِيَّةِ كَمَا قَالَ الاِمَامُ اَبُو مَنْصُورٍ فَاِنْ كَانَ عَدْلًا عَالِمًا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِعَدَمِ تُهْمَةِ الخَطَاءِ لِعِلْمِهِ وَالخِيَانَةِ لِعَدَالَتِهِ وَهَذَا القِسْمُ لَا يُحْتَاجُ اِلَى الاِسْتِفْسَارِ بِالاِتِّفَاقِ وَاِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يُسْتَفْسَرُ عَنْ قَضَائِهِ لِبَقَاءِ تُهْمَةِ الخَطَاءِ فَاِنْ اَحْسَنَ تَفْسِيرَ القَضَاءِ بِاَنْ فَسَّرَ عَلَى وَجْهِ اقْتِضَاءِ الشَّرْعِ مِثْلَ اَنْ يَقُولَ اسْتَفْسَرْتُ المُقِرَّ بِالزِّنَا كَمَا هُوَ المَعْرُوفُ فِيهِ وَحَكَمْتُ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ وَثَبَتَ عِنْدِي بِالحُجَّةِ اَنَّهُ اَخَذَ نِصَابًا مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ وَكَانَهُ قَتَلَ عَمْدًا بِلَا شُبْهَةٍ وَجَبَ تَصْدِيقُهُ وَقَبُولُ قَوْلِهِ وَاِلَّا فَلَا لِانَّهُ رُبَّمَا يَظُنُّ بِسَبَبِ جَهْلِهِ غَيْرَ الدَّلِيلِ اَوِ الشُّبْهَةَ غَيْرَ دَارِئَةٍ وَاِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا اَوْ عَالِمًا فَاسِقًا لَا يُقْبَلُ اِلَّا اَنْ يُعَايِنَ سَبَبَ الحُكْمِ لِتُهْمَةِ الخَطَاءِ فِي الجَهْلِ وَالخِيَانَةِ فِي الفِسْقِ •

وَاِذَا عُزِلَ القَاضِي فَقَالَ لِرَجُلٍ • لَمَّا فَرَغَ عَنْ بَيَانِ مَا يُخْبِرُ بِهِ القَاضِي مِنْ قَضَائِهِ فِي زَمَنِ وِلَايَتِهِ شَرَعَ فِي بَيَانِ ذَلِكَ بَعْدَ عَزْلِهِ فَاِذَا اَخْبَرَ القَاضِي المَقْضِيَّ عَلَيْهِ بَعْدَ العَزْلِ بِمَا قَضَى وَاَسْنَدَ اِلَى حَالِ وِلَايَتِهِ فَلَا يَخْلُو اِمَّا اَنْ يُصَدِّقَهُ فِيمَا قَالَ فَلَا كَلَامَ فِيهِ اَوْ يُكَذِّبَهُ فِي حَقِّيَّتِهِ وَيُصَدِّقَهُ فِي كَوْنِهِ فِي زَمَنِ الوِلَايَةِ اَوْ يُكَذِّبَهُ فِيهِ فَاِنْ كَانَ الاَوَّلُ فَالقَوْلُ لِلقَاضِي بِلَا خِلَافٍ وَاِنْ كَانَ الثَّانِي فَكَذَلِكَ فِي الصَّحِيحِ فَعَلَى هَذَا اِذَا قَالَ لِرَجُلٍ اَخَذْتُ مِنْكَ اَلْفًا وَدَفَعْتُهَا اِلَى فُلَانٍ قَضَيْتُ بِهَا عَلَيْكَ وَقَالَ الآخَرُ قَضَيْتَ بِقَطْعِ يَدِكَ فِي حَقٍّ فَقَالَ المَاخُوذُ مِنْهُ المَالُ ٥ وَالمَقْطُوعُ يَدُهُ فَعَلْتَ ذَلِكَ فِي حَالِ قَضَائِكَ ظُلْمًا فَالقَوْلُ قَوْلُ القَاضِي لِاَنَّهُمَا لَمَّا تَوَافَقَا اَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ فِي قَضَائِهِ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ اِذِ القَاضِي لَا يَقْضِي بِالجَوْرِ ظَاهِرًا اَوِ القَوْلُ لِمَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ وَلِاَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ وَلَا يَمِينَ عَلَى القَاضِي لِاَنَّ اِيجَابَهَا عَلَيْهِ يُفْضِي اِلَى تَعْطِيلِ اُمُورِ النَّاسِ بِامْتِنَاعِ الدُّخُولِ

في القضا

فِي القَضَاءِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَوْ اَقَرَّ القَاطِعُ اَوِ الآخِذُ بِمَا اَقَرَّ بِهِ القَاضِي لَا يَضْمَنُ اَيْضًا لِاَنَّهُ فَعَلَهُ فِي حَالِ القَضَاءِ وَدَفْعُ القَاضِي وَاَمْرُهُ بِالحَقِّ صَحِيحٌ كَمَا اِذَا كَانَ دَفْعُهُ المَالَ اِلَى الآخَرِ مُعَايَنًا فِي حَالِ القَضَاءِ فَاِنَّهُ لَا يَضْمَنُ الآخِذُ حِينَئِذٍ فَكَذَلِكَ هَهُنَا وَكَذَا اِذَا كَانَ اَمْرُهُ بِالقَطْعِ مُعَايَنًا فِي حَالِ القَضَاءِ وَاِنْ قَالَ المَاخُوذُ مَالُهُ وَالمَقْطُوعُ يَدُهُ فَعَلْتَ ذَلِكَ قَبْلَ التَّقْلِيدِ اَوْ بَعْدَ العَزْلِ فَالقَوْلُ لِلقَاضِي اَيْضًا هُوَ الصَّحِيحُ لِاَنَّ القَاضِيَ اَسْنَدَ فِعْلَهُ اِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ لِاَنَّ الظَّاهِرَ اَنَّ حَالَةَ القَضَاءِ سَابِقَةٌ فِي الضَّمَانِ فَالقَاضِي بِذَلِكَ يَدَّعِي الاِسْنَادَ مِنْهُ وَالقَوْلُ لِلمُنْكِرِ فَصَارَ اِسْنَادُ القَاضِي هَهُنَا كَاِسْنَادِ مَنْ عُهِدَ مِنْهُ الجُنُونُ اِذَا قَالَ طَلَّقْتُ اَوْ اَعْتَقْتُ وَاَنَا مَجْنُونٌ اِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْهُ مَعْلُومًا بَيْنَ النَّاسِ فَاِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ لِاَنَّهُ خَرَجَ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالعَتَاقُ لِاِضَافَتِهِ اِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلاِيقَاعِ وَاِنَّمَا قَالَ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازًا عَمَّا قَالَ شَمْسُ الاَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ اَنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُدَّعِي فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بِنَاءً عَلَى اَنَّ المُنَازَعَةَ اِذَا وَقَعَتْ فِي المَاضِي يُحَكَّمُ الحَالُ وَفِي هَذِهِ الحَالَةِ فِعْلُهُ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ وَهُوَ يَدَّعِي الاِسْنَادَ وَيَدَّعِي مَا يُسْقِطُ الضَّمَانَ عَنْهُ وَالمَاخُوذُ الاَوَّلُ فَقَدْ تَصَادَقَا اَنَّهُ فَعَلَهُ وَهُوَ قَاضٍ وَهُوَ ذَلِكَ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلضَّمَانِ عَلَيْهِ وَظَاهِرٌ اِلَّا اَنَّ الاَصْلَ اَلَّا يَكُونَ قَضَاؤُهُ حَقًّا وَلَكِنْ عَامَّةُ نُسَخِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ مَا ذَكَرَ اَنَّ القَوْلَ لِلقَاضِي وَلَوْ اَقَرَّ القَاطِعُ وَالآخِذُ فِي هَذَا الفَصْلِ بِمَا اَقَرَّ بِهِ القَاضِي ضَمِنَا لِاَنَّهُمَا اَقَرَّا بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَقَوْلُ القَاضِي مَقْبُولٌ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ لَا فِي اِبْطَالِ سَبَبِ الضَّمَانِ عَلَى غَيْرِهِ بِخِلَافِ الاَوَّلِ لِاَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ وَلَا يُقَالُ الآخِذُ وَالقَاطِعُ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ اَسْنَدَ الفِعْلَ اِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ فَكَانَ الوَاجِبُ اَنْ لَا يَضْمَنَا كَالقَاضِي لِاَنَّ جِهَةَ الضَّمَانِ رَاجِحَةٌ لِاَنَّ اِقْرَارَ الرَّجُلِ عَلَى نَفْسِهِ بِسَبَبِ الضَّمَانِ حُجَّةٌ قَطْعِيَّةٌ وَقَضَاءُ القَاضِي حُجَّةٌ ظَاهِرًا وَالظَّاهِرُ لَا يُعَارِضُ القَطْعِيَّ وَهَذَا يَقْتَضِي وُجُوبَ الضَّمَانِ عَلَى القَاضِي اَيْضًا لَكِنْ ذَلِكَ يُؤَدِّي اِلَى تَضْيِيعِ الحُقُوقِ بِالاِمْتِنَاعِ عَنِ الدُّخُولِ فِي القَضَاءِ مَخَافَةَ الضَّمَانِ وَلَوْ كَانَ المَالُ قَائِمًا فِي يَدِ الآخِذِ وَاَقَرَّ بِمَا اَقَرَّ بِهِ القَاضِي اُخِذَ مِنْهُ المَالُ سَوَاءٌ صَدَّقَهُ المَاخُوذُ مِنْهُ المَالُ فِي اَنَّهُ فَعَلَهُ فِي قَضَائِهِ اَوِ ادَّعَى اَنَّهُ فَعَلَهُ فِي غَيْرِ قَضَائِهِ لِاَنَّ الآخِذَ اَقَرَّ اَنَّ اليَدَ كَانَتْ لِلمَاخُوذِ مِنْهُ فَلَا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَى تَمَلُّكِهِ اِلَّا بِحُجَّةٍ وَقَوْلُ المَعْزُولِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِيهِ لِكَوْنِهِ شَهَادَةَ فَرْدٍ ٥ وَاللهُ تَعَالَى اَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

كتاب الشهادات

اِيرَادُ هَذَا الكِتَابِ عَقِيبَ كِتَابِ اَدَبِ القَاضِي ظَاهِرُ المُنَاسَبَةِ اِذِ القَاضِي فِي قَضَائِهِ يَحْتَاجُ اِلَى شَهَادَةِ الشُّهُودِ عِنْدَ اِنْكَارِ الخَصْمِ وَمِنْ مَحَاسِنِ الشَّهَادَةِ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَا امْتِثَالُ مَا اَمَرَ اللهُ تَعَالَى بِهِ بِقَوْلِهِ كُونُوا قَوَّامِينَ لِلّٰهِ شُهَدَاءَ بِالقِسْطِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُسْنِهِ وَهِيَ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الاِخْبَارِ بِصِحَّةِ الشَّيْءِ عَنْ مُشَاهَدَةٍ وَعِيَانٍ وَلِهَذَا قَالُوا اِنَّهَا مُشْتَقَّةٌ مِنَ المُشَاهَدَةِ الَّتِي تُنْبِئُ عَنِ المُعَايَنَةِ وَفِي اصْطِلَاحِ اَهْلِ الفِقْهِ عِبَارَةٌ عَنْ اِخْبَارٍ صَادِقٍ فِي مَجْلِسِ الحُكْمِ بِلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ فَالاِخْبَارُ كَالجِنْسِ يَشْمَلُهَا وَالاِخْبَارَاتِ الكَاذِبَةَ وَقَوْلُهُ صَادِقٍ يُخْرِجُ الكَاذِبَةَ وَقَوْلُهُ فِي مَجْلِسِ الحُكْمِ بِلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ يُخْرِجُ الاِخْبَارَاتِ الصَّادِقَةَ غَيْرَ الشَّهَادَاتِ وَسَبَبُ تَحَمُّلِهَا مُعَايَنَةُ مَا يَتَحَمَّلُهُ وَمُشَاهَدَتُهُ بِمَا يَخْتَصُّ بِمُشَاهَدَتِهِ مِنَ السَّمَاعِ فِي المَسْمُوعَاتِ وَالاِبْصَارِ فِي المُبْصَرَاتِ وَنَحْوِ ذَلِكَ وَسَبَبُ اَدَاءِ الشَّهَادَةِ طَلَبُ المُدَّعِي مِنْهُ الشَّهَادَةَ اَوْ خَوْفُ فَوْتِ حَقِّ المُدَّعِي اِذَا لَمْ يَعْلَمِ المُدَّعِي كَوْنَهُ شَاهِدًا وَشَرْطُهَا العَقْلُ الكَامِلُ وَالضَّبْطُ وَالوِلَايَةُ وَالقُدْرَةُ عَلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَ المُدَّعِي وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ وَالاِسْلَامُ اِنْ كَانَ المُدَّعَى عَلَيْهِ مُسْلِمًا وَحُكْمُهَا وُجُوبُ الحُكْمِ عَلَى الحَاكِمِ بِمُقْتَضَاهَا وَالشَّاهِدُ لَا يَقْتَضِي ذَلِكَ لِاحْتِمَالِ الكَذِبِ لَكِنْ لَمَّا شُرِطَ العَدَالَةُ تَرَجَّحَ جَانِبُ الصِّدْقِ وَوُرُودُ النُّصُوصِ بِالزَامِ الاِسْتِشْهَادِ جُعِلَتْ مُوجِبَةً قال الشَّهَادَةُ فَرْضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ اِذَا الشَّهَادَةُ فَرْضٌ يَلْزَمُ الشُّهُودَ ... لَا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا لِكَدِّ الفَرْضِ بِوَصْفَيْنِ وَهُوَ اللُّزُومُ وَعَدَمُ سَعَةِ الكِتْمَانِ دَلَالَةً عَلَى التَّاكِيدِ وَشُرِطَ مُطَالَبَةُ المُدَّعِي مُتَعَلِّقٌ بِسَبَبِ الاَدَاءِ عَلَى مَا مَرَّ وَاسْتُدِلَّ لَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى وَلَا يَابَ الشُّهَدَاءُ اِذَا مَا دُعُوا اَيْ لِيُقِيمُوا الشَّهَادَةَ اَوْ لِيَتَحَمَّلُوهَا ... بِاعْتِبَارِ مَا يَؤُولُ اِلَيْهِ وَهُوَ ظَاهِرٌ يَدُلُّ عَلَى النَّهْيِ

عن الأبا عند الدعوة ويقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو بظاهره يدل
على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر
لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان اللاكتمان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا
وثبوته بالأداء وما لم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشئ لا يكون امرا بضده
فاذا لم يكن له ضد واحد وأما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه امر بضده
وليس بالمرضي من المذهب لما عرف في أصول الفقه وانما يشترط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه
كسائر الحقوق ولو فرض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه لو لم يشهد
يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند
الطلب ايجاب الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آنفا أن طلب المدعي
سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف لقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان
طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي
فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فإن قلت إنما جعله شرطا **قوله** ولا يأب
الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره لقوله تعالى أقم
الصلوة لدلوك الشمس **قال** والشهادة في الحدود يتخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار
الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فتقام عليه الحد وبين ان
يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله والستر افضل نقلا وعقلا أما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذي
شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان خيرا لك
وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن
النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه فان فيها دلالة ظاهرة على افضلية الستر قيل الاخبار معارضة للاطلاق
الكتاب وانما المانع لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الآية محمولة على المداينة لنزولها
فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق ان يقال القدر المشترك بما نقل عن النبي
صلى الله عليه وسلم واصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجاز الزيادة به وقيل ان الخبر الوارد
في ماعز وحكايته مشهورة تجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا يستلزم شهرة
الخبر الوارد فيها بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى
الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق فبقي صيانة عرض اخيه المسلم
ولا شك في فضل ذلك **قوله** الا انه يجب ان يشهد استثناء من قوله يتخير وهو منقطع لان
الشهادة بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لان فيه احياء لحق المسروق
منه فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحدهما
حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على
اظهار السرقة ترجيح حق الله تعالى الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون
السرقة والله اعلم **قال** والشهادة على مراتب رتبها الشرع على ما علم
فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة
من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد
والذكورة واما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه
دون القتل العمد وغيره فالظاهر فيه ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا

لقبل

ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر لما ورد
في حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة
البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود وقال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما يكون فيما
امتنع العمل بالبدل مع امكان العمل بالاصل كالآية الثانية وليست شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان
العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
الحدود كحد الشرب والردة وحد القذف والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره من لما من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد
والذكورة والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله **قوله** ولا تقبل شهادة
النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال فالآية هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
وليست شهادتهن فيها مقبولة ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن اوجب
فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما مسلك الجواب
من الآية ههنا التخصيص ام النسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذا الزنا وهو اما التخصيص
ان ثبت او المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم والخليفتين يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز الزيادة به **قال**
وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى المذكورين من بقية الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح والطلاق
والوكالة والوصية اي الوصاية لانه في تعداد غير المال ونحو ذلك يعني العتاق يقبل فيها شهادة رجلين
او رجل وامرأتين بما تلونا وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها
كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول
لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم
القبول لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها استثناء من ذلك الاصل في
الاموال ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها وذنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا منها
او اقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل
والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة التي يحصل
بها العلم والضبط الذي يستبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي ولهذا
اي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار ولقائل ان يقول ما ذكرتم مما يبتنى عليه اهلية
الشهادة اما ان يكون علة لها او شرطا لا سبيل الى الاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ
والمشاهدة والضبط والاداء ليس بعلة لذلك لا جمعا ولا فرادى والثاني كذلك لان العدم لو فيها علينا
لذلك على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل
بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي
علة لاهلية قبولها فانا لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا
وفات احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء اذا ادى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته
واذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف
اي اهلية قبول الشهادة **قوله** ونقصان الضبط جواب عن قول الشافعي رحمه الله واختلال

القسط وتوجيهه أن يقال ان ذلك بعد التسليم إخبار بضم الأخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية
فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات ويقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت
بها اما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل واما الوكالة والايصاء والاموال فانها تجري فيها
كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النسا
مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول
انه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد
العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل البديهيات
باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب النظريات بالفكرة ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف
والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة
هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل
بالملكة فيهن نقصان لمشاهدة حالهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه ان شئت
فانه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله صلى الله
عليه وسلم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا
ظهر الجواب عن الثاني ايضا فتامل قوله وعدم قبول الاربع جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه
ان القياس يقتضي قبول ذلك ايضا لكنه ترك ذلك لئلا يكثر خروجهن قال وتقبل
في الولادة والبكارة ○ اقتصر قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع
لا يطلع عليه الرجال لا يقبل في غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب
النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا
يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى
الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع بناء على
ان كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد في الشهادة قوله ولانه دليل معقول لنا ووجهه ان
الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس أخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار
اليه الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه
لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلث احوط من نظر الواحدة
والجواب ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه
فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا ثم حكمها اي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة
شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة
أشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وان قال لامرأته اذا
ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق وان كان
الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة يعني تثبت الولادة بقول امرأته وعندهما
تشترط شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة او مبيعة لا بد من نظر النسا اليها
للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما ان يتايد شهادتهن بمويد او لا
فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لابد وان يضم اليها ما يويدها
فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لان شهادتهن
تايدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ويقتضي

قال في النهاية ثم اعلم انه ذكر ههنا في المختصر تخصيص في حق شهادة امرأة واحدة وبهذا التخصيص في حق البكارة والولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد تقبل فيها ايضا لانه ذكر في الايضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد ولو كان ذكر في باب شهادة النساء في بين شهادات المبسوط قال ولم يذكر في الكتاب انه لو شهد ذلك اي بالولادة والعيب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول شهادته اذا كان عدلا في مثل هذا الموضع في الصحيح انه لا اشتراط العدد ولان شهادة الرجل اقوى من شهادة المرأة فلما ثبت الشهود ههنا بشهادة امرأة واحدة وشهادة رجل واحد اولى وقد قال بعض مشايخنا انه لو قال تعمدت النظر لا تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا انتهى كلامه

قوله فهو قصر افراد كالسند لقوله ولا تقبل في غيرها ح

البيع

البيع وهو اللازم وان قلن انها بكر يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي و
شهادتهن ضعيفة لم تتايد بموئد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله
بالله لقد بعتها وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما
لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب يثبت
بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من اثبات
قيامه في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا كان القول للبائع على انه لم يكن بها ذلك العيب في
الوقت الذي كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند ابي حنيفة غير
مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه
حجة لكنها في حق الصلوة مقبولة لانه من امور الدين وشهادتهن فيه حجة كشهادتها على هلال رمضان
وعندهما في حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار
كشهادتهن على نفس الولادة والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر
بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يباشره الرجال فيه النسا قال
ولا بد في ذلك كله من العدالة ○ لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة والعدالة
وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا اياته الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر
ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم او اتيقن لم يقبل شهادته في تلك الحادثة
في ذلك الوقت اما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا
ولقوله تعالى كقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة
هي المعينة للصدق فهي علة الحجة وما سواها معدات لان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه قد
ان يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذا قدر وشرف في الناس ذا مروة
أي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان يقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب
لمروته والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذا مروة كان او لا اصح لان قبولها
اكرام للفاسق وقد امرنا بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر
مكفهر والمعلن بالفسق لاهانته لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما لفظة الشهادة
فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله وأقيموا الشهادة لله واشهدوا
اذا تبايعتم واشهدوا ذوي عدل منكم واستشهدوا شهيدين وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس
فاشهد والا فدع ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد لدلالتها على المشاهدة ولان قوله اشهد من الفاظ
اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه
للتعظيم فيجوز بما هو اصرح فيه وقوله في ذلك يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا
بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها
هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم ان فيه معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام
قوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فاذا اقام
المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم او لا فان كان الثاني قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم
على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو
الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت للمدعي

يثبت المدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة فالجواب ما أشار إليه بقوله إذ لا وصول إلى القطع وتقريره أنه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج إلى التزكية وقوله قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر لما أن الظاهر أن قول المزكي صدق فالكلام فيه كالأول وهلم جرا فيؤدي إلى الدور أو التسلسل ويجوز أن يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك أن دعوى المدعي وإنكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعاً وقوله إلا في الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها حتى يطلع على ما يسقط به ذلك وإن كان الأول لا يسأل عنهم بالاتفاق لأن ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم إذا طعن فيهم فإن الظاهر أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لأجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ إلى الترجيح وقال أبو يوسف ومحمد لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لأن مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لأن أبا حنيفة أجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولاً وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا الزمان **قال** ثم التزكية في السر اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالأولى أن يبعث القاضي المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سراً بيد أمينه إلى المزكي سميت بها لأنها تستر عن نظر العوام إلى المعدل مكتوباً فيها النسب والحلى بكسر الحاء وضمها جمع حلية الإنسان صفته وما يرى منه من لون وغيره والمصلى أي محلة حتى يعرفه المعدل وينبغي أن يبعث إلى من كان عدلاً يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون طماعاً ولا فقيراً يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف أسباب الجرح والتعديل بل من جيرانه وأهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئاً احترازاً عن الهتك أو يقول الله يعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة ولا فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك سراً كيلا يظهر فيخدع أو يقصد بالخداع والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير إلى الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره فإن الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لأن القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالأذى ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لأن العلانية بلاء وفتنة لما يلحقهم الجارح بالأذى يروى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار قال المصنف وهذا أصح لأن في زماننا كل من نشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن إسلامه وإنما يسأل عن عدالته قال أبو حنيفة على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال إذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول إلا أنهم أخطؤوا أو نسوا ويقبل إذا صدقوا وهم عدول أو صدقة لأنه اعتراف بالحق وعن أبي يوسف ومحمد أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد تضم تزكية آخر إلى تزكيته لأن العدد شرط عنده هذا إذا كان عدلاً لا يصلح مزكياً فإن كان فاسقاً أو مستوراً أو سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا

عليه

عليه فإن قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لأن العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلاً للاشتراط فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولاً لأن العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب أن المصنف قال موضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطؤوا أو نسوا ومثله ليس بإقرار بالحق وفيه نظر لأن هذا الكلام مشتمل على الإقرار وغيره فيصدق في الإقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب أنه لا إقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه نسبهم في ذلك إلى الخطأ والنسيان فأنى يكون إقراراً **قال** وإذا كان رسول القاضي إذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحداً جاز والاثنان أفضل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز إلا اثنان ذكر في شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك إذا كان الفعل مبنياً للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد رحمه الله أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء ينبني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القضاء ينبني على ظهور التزكية وإذا كانت في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في الحدود والأربعة في تزكية شهود الزنا ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة أمر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لأن القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لأن القطاعة إنما يكون بالتواتر ورجحان الصدق إنما هو بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الأخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها إلى التزكية فإن قيل يلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب أنما الحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فيفسد الإلحاق والتعدية جميعاً والله أعلم **قال** ولا يشترط أهلية الشهادة في تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها أهلية الشهادة فيصلح العبد مزكياً لمولاه وغيره والولد لوالده وعكسه فأما تزكية العلانية فهو شرط وكذلك العدد بالإجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لأن اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لأن المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب أن الخصاف شرط أن يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز أن يكون العدد شرطاً في أحدهما دون الآخر وإليه أشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر أما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية

فصل لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج إلى الإشهاد مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فإذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والإقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد به وإن لم يشهد عليه لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة مما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الأداء لوجود ما هو الركن في جواز الأداء قال الله تعالى إلا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم إذا علمت مثل الشمس فاشهد والأداء قبل حصول العلم بالموجب وكذا في الأداء مخالف للنصين جميعاً فإنهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته إذ الأحوال شروط وإذا موضوعة للشرط وأجيب بأنه مجاز عن الشرط وإنما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه **قال** ويقول أشهد أنه

باع [قال] وإذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها وإن احتيج إلى الشهادة فيقول الشاهد أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني
لأنه كذب ولو سمع الإقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي بأن قال
أشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبله لأن النغمة وهو الكلام الخفي تشبه النغمة والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى
المطلق للأداء وقوله إلا إذا كان استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه
ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان
بأنها فلانة بنت فلان فإنه جاز له أن يشهد حينئذ وكذا إذا رأى شخص المقر حال الإقرار لرقة الحجاب وليست
رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لأنه حصل العلم في هذه الصورة [قال] ومنه ما
لا يثبت الحكم فيه بنفسه ○ النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فإنها
لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فإذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده على شهادته
لأن الشهادة أي شهادة الأصول موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ولا يكون النقل إلا بالإنابة والتحميل والأول
إشارة إلى مذهب محمد فإنه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمر الموكل والثاني إشارة إلى مذهب أبي
حنيفة وأبي يوسف فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الإمام فخر الإسلام أما على قول أبي
حنيفة وأبي يوسف فالحكم يضاف إلى الفروع لكن عملهم إنما يصح بعد نقل ما هو حجة والشهادة في غير مجلس
القاضي ليس بحجة فيجب النقل إلى مجلس القاضي ليصير حجة فيتبين أن النقل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من
النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لأنا سلمنا أن النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل
محتاج إلى بيان فلو سلكنا فيه مطالبة لأنا سلمنا أن النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل محتاج أن يقول الشهادة
على الشهادة تحميل لأنا لا نعني بها إلا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا إذا سمع الشاهد يشهد الشاهد
على شهادته لم يسع له أن يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره [قال] ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه
الشاهد إذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له أن يشهد لأن الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد
العلم كما تقدم قيل هذا على قول أبي حنيفة بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته
لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع إلى وقت الأداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل
هذا أي عدم حل الشهادة بالاتفاق وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده
فأثبته في قمطره أي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم أو قضيته أي وجد حكمه مكتوبا
في خريطته لذلك فإن أبا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لأن القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن
أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان
الذي ليس يمكن التحرز عنه فإذا كان في قمطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم يصل إليه يد مغيرة والقاضي
مأمور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف إذا ذكر المجلس
الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت فإنه قيل لا يحل له ذلك
بالاتفاق وقيل لا يحل عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما [قال] ولا يجوز للشاهد
أن يشهد بشيء لم يعاينه ○ قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشيء لم
يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه
الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس أنه لا يجوز لأن الشهادة مشتقة من
المشاهدة وبالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب وذلك بالعلم أي المشاهدة وكأنه
من باب القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة ويجوز أن يكون معناه المشاهدة لكون سبب من الأسباب
أسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فإنه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة

ووجه الاستحسان أن هذه الأمور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام
لأنها أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء
القرون كالإرث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي وكمال المهر والعدة
وثبوت الإحصان والنسب في الدخول فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى ذلك وهو باطل
بخلاف البيع فإنه مما يسمعه كل أحد فإن قيل هذا الاستحسان مخالف للكتاب فإن العلم شرط بنص
الكتاب ولا علم فيما نحن فيه أجاب بقوله وإنما يجوز للشاهد يعني لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه فإنه
إنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين أن العدد
فيمن يثق به شرط وهو أن يخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وهذا على قول أبي
يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه
صدق الخبر وإذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا
لأنها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظة الخبر وقيل يكتفى في الموت بإخبار واحد أو واحدة وفرقوا
جميعا بين الموت والأشياء الثلاثة أي النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء لأن الغالب فيها أن
يكون بين الجماعة أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة اثنين والولادة فإنها تكون بين الجماعة في
الغالب وكذا الكلام في تقليد الإمام القضاء وأما الموت فلا يشاهده غير الواحد إذ الإنسان يهابه
ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح [قوله] وينبغي أن يطلق أداء
الشهادة بيان لكيفية الأداء وينبغي أن يطلق ذلك فيقول في النسب أشهد أن فلانا ابن فلان كما
نشهد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ابنا أبي قحافة والخطاب ولو لم يشاهد شيئا من ذلك فأما إذا
فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم يقبل كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة وإذا فسر بأنه
إنما يشهد لأنه رآه في يده لا يقبل كذلك هذا ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم
حل له أن يشهد بكونه قاضيا وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه وإذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا
وينبسط كل منهما إلى الآخر انبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته فإن سأله القاضي هل كنت
حاضرا فقال لا تقبل شهادته لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بأمهات المؤمنين أزواج النبي
صلى الله عليه وسلم فعلى الرواية أولى وقيل لا تقبل لأنه لما قال لم أعاين العقد تبين للقاضي أنه يشهد
به بالتسامع ولو قال أشهد لأني سمعت لا يقبل فكذا هذا ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته
فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي قبله لأنه لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه ولو قالا نشهد أن فلانا
مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الأصح وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع
فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لأنه أمر يتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل
[قوله] ثم قصر الاستثناء في الكتاب بيان أن الشهادة بالشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر
في الكتاب أو لا ففي ظاهر الرواية محصورة وعن أبي يوسف أخيرا أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة
النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة على النسب بالتسامع جائز كما مر
فكذا على الولاء ألا ترى أنا نشهد أن قنبر مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهم وإن لم
ندرك ذلك وعن محمد أنها تقبل في الوقف لأنه يبقى على ممر الأعصار والجواب عن قول أبي
يوسف أن الولاء يبتنى على إزالة ملك اليمين ولا بد فيه من المعاينة لأنه يحصل بكلام يسمعه الناس
وليس كالولادة فلا حاجة فيه إلى إقامة التسامع مقام البينة قال شمس الأئمة السرخسي الشهادة
على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع وأما الوقف فقد ذهب بعض المشايخ إلى أنها لا تحل فيه بالتسامع

مطلقاً ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم يقبل في أصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهد وا انه وقف على هذا المسجد
أو المقبرة أو ما اشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا يقبل كذا في الذخيرة **قال** ومن كان
في يده شيء . رجل رأى عيناً في يد آخر ثم راها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد
بانه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به للملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان
عاين البيع او غيره من الاسباب لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد
واقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فاذا الم
يجز على اليد انسد بابها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة
العلم بالنص وعند اعوازه ذلك يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان يكون هذا اي ما ذكر
من شهادة القلب تفسيراً لاطلاق محمد في الرواية وهو قوله وسعه ان يشهد انه له يعني اذا وقع
ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافياً في الشهادة لقبلها القاضي اذا فسرها الشاهد بما استفاد العلم
به من معاينة اليد وليس كذلك واجيب بان جعلنا العيان مجوزاً للشاهد ان يقدم على الشهادة وذلك
ثابت لما قلنا واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يلزمه ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده ارض يتصرف
فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنبها واراد ان ياخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار
المشتري ان تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سبباً للوجوب وقال الشافعي رحمه الله دليل
الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف لان اليد متنوعة الى انابة وملك فلا
يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال
فينتفي العلم ثم هذه المسألة على وجوه اربعة بالقسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك
او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه
واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه وراه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد
لان شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها
كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى
فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل له الشهادة
لا تنعقد شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به يمنع جواز الشهادة فكذا جهالة
المشهود له وفي الاستحسان تحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة
بمعلوم لمعلوم الا ترى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وصرفها
بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلاً لحقها ولا يجوز ذلك . وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع
في الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع
انما هو بالنسبة الى النسب قصداً وهو مقبول فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار
للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثاني لجهالة المشهود به . **قوله** واما العبد والامة مردود الى
قوله سوى العبد والامة وتقريره ان الرجل اذا راى عبداً او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف
رقهما او لا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه
لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني وهو ممن يعبر عن نفسه فالا غير بالغ كالقول او بالغاً فذلك مصرف
الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد في ذلك لا يدل على الملك لانهما في ايدي انفسهما وذلك

يدفع يد الغير عنهما كما حتى ان الصبي الذي يعقل ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له
ما يصنع بمملوكه واعترض بان الاعتبار للحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن انفسهما لاعتبر دعوى
الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما واجيب بانه لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر
وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال يحل له ان يشهد
فيهما ايضاً اعتباراً بالثياب وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليلاً على
الملك في الكل الا ترى ان من ادعى عبداً او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد
لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يداً
على انفسهما يدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب والله تعالى اعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع منه الشهادة وقدم ذلك على
هذا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط واصل رد الشهادة
ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجيته
يترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر عن
غير الكذب من محظورات دينه فعله لا ينزجر عنه ايضاً فكان متهماً بالكذب وقد يكون لمعنى في المشهود له
من قرابة يتهم بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولاد وقد يكون لخلل في اداء التمييز كالعمى المفضي
الى تهمة الغلط فيها وقد يكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف قال الله تعالى
فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون **قال** ولا تقبل شهادة الاعمى
شهادة الاعمى اما ان تكون في الحدود والقصاص او لا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان
فاما ان يكون بما يجري فيه التسامع كالنسب والموت او لا فان كان الاول قبلت عند زفر وهو
رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة وان كان الثاني فان كان بصيراً وقت التحمل والمشهود به غير
منقول قبلت عند ابي يوسف والشافعي وان انتفى احدهما لم يقبل بالاتفاق فالمعتبر عند ابي
يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء
اما عدم القبول في الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى
يقام مقام المعاينة والحدود لا يثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان الحاجة فيه
الى السماع ولا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري
فيه ذلك كالصبي والمجنون وسيأتي جواب آخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة
حصل عند التحمل ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول
ولا خلل في القول لان لسانه غير ماؤف فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجوداً والمانع وهو
عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت
بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكرا نسبته والجواب لابي حنيفة ومحمد
انا لا نسلم ان القول بنسبة يحصل الاداء لان الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود
عليه ولا تمييز للاعمى الا بالنغمة وفيه اي في النغمة بل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود
فان بالشهود البصراء غنية عن شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه ليلا ينتقض
بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور
بخلاف الاعمى وفي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن

لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود
عليه او غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبر ترك النغمة مميزة للاعمى فيما هو اعظم خطرا من الاموال
وهو وطي زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك تناقض وتقرير ذلك
ان الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان
انتفاء حصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب
عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف واما وجه ابي
حنيفة ومحمد لمنع القضاء بالعمى الطارئ بعد الاداء فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت
القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم
اجمعوا على ان الشاهد لو اخرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته
والاصل الكلي في ذلك ان ما يمنع القضاء لان المقصود من ادائها القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء فلا يمنع
القضاء **قوله** بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء
شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا اهلية عنده ووجه ذلك ان
الاهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت **قال** ولا المملوك
لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا يكون
له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه
الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت
ما وان معنى قوله لهم للمحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه
يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد هو الاصل ويبقى بعد التوبة
لعدم سقوطه بها فكذلك ما كان تتمة اعتبارا له بالاصل **قوله** بخلاف المحدود في غير القذف
جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى فاولئك هم الفاسقون والفاسق
اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ووجه ذلك ان رد الشهادة ان كان للفسق زال
بزواله بالتوبة فيقبل كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فانه
من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذ الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ
فتبينوا لا النهي عن القبول وقال الشافعي يقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى
التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا
والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما
قبله طلبي وهو اخباري فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى وبالوالدين احسانا
قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم
جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان اذ ذاك جزاء فلا يرتفع
بالتوبة كاصل الحد وهو بناء على ظاهره سلمناه لكنه كان ابدا اخبارا عن مدة غير متطاولة وليس
بمعهود سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا اولى دفعا
للمحذورات وتمام العثور على هذا البحث يقتضي بسطا لعله تقرر في تقريرنا في الاصول لا لات
الفاسدة **قوله** ولو حد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على
الكفار فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان الكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد في القذف
كان رد شهادته من تتمة حده وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من

من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان بعد
العتق فجعل ردها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام
وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف فيها بالنسبة الى حصول اهلية الشهادة ولم
يجعل الزنا فيها بالنسبة الى حصول نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنى لم ينعقد موجبا في دار الحرب
للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه
واعترض على كلام المصنف بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد
الشهادة ايضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم
فحد في الاسلام لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا
والجواب ان فائدته تطبيق المسئلتين على ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج الى
الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما لا تقبل قبله فلا اباء فيه **قال**
ولا شهادة الوالد لولده لابويه واجداده • لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا
شهادة الولد لابويه واجداده لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد
لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن
استأجره قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره على سبيل
الاستطراد فانه عليه السلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد
في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة
ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب ان يكون الشهادة لنفسه من وجه او ان
يتمكن فيه شبهة قال المصنف المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص هو الذي يعد ضرر
استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل التلميذ الخاص هو الذي ياكل معه وفي عياله وليس له
اجرة معلومة وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت من القنوع لانه بمنزلة التابع
يطلب معاشه منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستوجب اي
فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه واداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستاجر عليها وهو
استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له
فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا جازت شهادة الاستاذ له
ووضع الزكوة لكن الاجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس واما شهادة
الاجير المشترك فمقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاذه ولهذا له ان يوجر نفسه من غيره
في مدة الاجارة **قال** ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر • ولا تقبل شهادة
احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة اي يد
كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقبض من احدهما
للآخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين والاولاد الاعمام
وغيرهم لا يقال في قبول شهادة احدهما للآخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه
نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كالرب اذا شهد لمن عليه
الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا ولنا ما روينا من حديث عائشة
رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا
المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولان الانتفاع متصل ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال

وقال ظننت أنها تحل لي لأجله وهو أي الانتفاع هو المقصود من الأموال فيصير شاهدا لنفسه
من وجه أو يصير متهما في شهادته بجر النفع إلى نفسه وشهادة المتهم مردودة **قوله** بخلاف شهادة
الغريم جواب عما ذكره الشافعي ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به إذ هو مال المديون
ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فإنه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة لا يقال
الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه لأن الظفر أمر موهوم وحق الأخذ بناء عليه ولا كذلك الزوج
قال ولا شهادة المولى لعبده ٥ لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ولأن شهادته
له شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه وذلك لأنه لا يخلو إما أن يكون على العبد دين أو لا
فإن كان الأول فهي له من وجه لأن الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للغرماء ليبيع
بيعهم في دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه وإن كان الثاني فهي له من كل وجه
لأن العبد وما يملكه لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون الحال موقوفا مراعى
لأنه إن أدى بدل الكتابة صار أجنبيا وإن لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه ولا شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل وإذا بطل البعض بطل الكل
لكونها غير متجزئة إذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة قيل هذا إذا
كانا شريكي عنان أما إذا كانا متفاوضين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه إلا في الحدود والقصاص والنكاح
لأن ما عداها مشترك بينهما فكانت شهادته لنفسه من وجه **قال** وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه
يقبل شهادة الأخ لأخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الأقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الأملاك
ومنافعها ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالردي من الأفعال أي التمكين من اللواط
فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لارتكابهما المحرم
طمعا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية وصف
الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والنعي للهو
معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات خصوصا إذا كان الغناء من المرأة
فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء إليه ولهذا لم يقيد هنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر
بعد هذا في غناء الرجل ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من أدمن على شرب شيء
من الأشربة المحرمة خمرا كانت أو غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الإدمان ليظهر ذلك
عند الناس فإن المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وإن كان كبيرة ولا من يلعب بالطيور لأنه يورث غفلة
لا يؤمن بها على الإقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب ولأنه قد يقف على عورات
النساء بصعوده سطحه لتطيير طيره وذلك فسق فأما إذا كان يمسك الحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة
إلا إذا خرجت من البيت فإنها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو يبيع ولا يعرفه من حمام نفسه
فيكون أكلا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغني
للناس فإنه أعم من أن يكون مع آلة لهو أو لا وإنما لم يكتف عن ذكره بذكر الغيبة لاتفاق على الإطلاق وهذا
يقيد كونه للناس حتى لو غناه في وحشته لإزالة الوحشة لا بأس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الأئمة
السرخسي واختاره المصنف وعلل بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وأصل ذلك ما روي عن محمد أنس بن
مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة ومن المشايخ من كره جميع
ذلك وبه أخذ شيخ الإسلام خواهرزاده وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي
فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد ينطلق على ذلك كله **قال** ولا من يأتي بابا من الكبائر

مرائي

في جميع الأديان قالت الزيادات
إذا أوصى بما هو معصية

من أتى شيئا من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد
أو قتل وقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث
المعروف وهو الإشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت
المؤمن والزنى وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام من غير إزار
لأن كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لأنه كبيرة ولا من يلعب بالنرد أو الشطرنج إذا انضم إليه
أحد أمور ثلاثة القمار أو تفويت الصلاة بالاشتغال به أو إكثار الأيمان الكاذبة لأن هذه الأشياء من الكبائر
والمصنف لم يذكر الثالثة لأن الغالب فيه الأولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج في شرط أحد الأمور
وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرده لقوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد
والملعون لا يكون عدلا ولا يجوز أن يكون أفراده لأنه فإن مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول
الشهادة إشارة إلى ذلك **قوله** لأن الاجتهاد فيه مساغا قيل لأن مالكا والشافعي يقولان بحل اللعب
بالشطرنج وشرط أن يكون أكل الربا مشهورا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة
وكل ذلك ربا فلو ردت شهادته إذا ابتلي به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف أكل مال
اليتيم فإنه يسقط العدالة وإن لم يشتهر به لعدم عموم البلوى ولا من يفعل الأفعال المستحقرة
وفي نسخة المحتقرة وفي أخرى المستقبحة وفي أخرى المستخفة وفي أخرى المستخفة كلها على اسم المفعول
سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من التخفيف وهو النسبة إلى الخفة وقلة العقل من قولهم ثوب خفيف إذا كان
قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الأخيرة كالبول والأكل على الطريق لأن فيه ترك المروءة فإذا كان
لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر أنه لا يمتنع عن الكذب فكان متهما ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم
الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة لظهور فسقه وقيد بالإظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل
روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقبل
شهادة من يتبرأ منهم وفرقوا بأن إظهار سبه لا يأتي به إلا لإسقاط الصحبة وشهادة المخنث لا تقبل وكذلك
كذلك التبري لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا
الخطابية منهم والهوى ميلان النفس إلى ما يستلذ به من الشهوات وإنما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم
السنة كالخوارج والروافض فإن أصول الأهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل
ثم كل واحد منهم يفترق اثنتي عشرة فرقة وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم لأنه أغلظ وجوه الفسق إذا الفسق
من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين
لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كمن شرب المثلث أو شافعي أكل متروك التسمية
عامدا معتقدا إباحته فإنه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون
إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لأنه كان يزعم أن عليا الإله الأكبر
وجعفر الصادق الإله الأصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون أن من ادعى شيئا منهم على غيره يجب أن يشهد
له بقية شيعته وقيل كل من حلف عندهم ترد شهادتهم لأنهم كافرون إن كانوا كما قيل أولا وللتمكن الشبهة
في شهادتهم إن كانوا كما قيل ثانيا وثالثا **قال** وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض
شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وإن اختلفت مللهم كاليهود مع النصارى وقال ابن أبي
ليلى إن اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة إلا أهل ملة أخرى إلا
المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها والجواب أنه يخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم
أولياء بعض والمراد الولاية دون الموالاة فإنه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء فالعطف قرينة

تراعي به بنات المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم
فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد
لجنسه ولخلاف جنسه ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر
بن عبد الله وابو موسى ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فله اهلية
الشهادة على جنسه كالمسلم فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس
فالجواب ان القياس في الذمي لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
واعترض بان الله قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة
علينا او مطلقا والاول مسلم ولكن ليس بمقبول له والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على
بعض **قوله** والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق
مانع من حيث تعاطي محرم الدين او من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من
بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور الدين لا يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب
الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيتها قال الله تعالى وجحدوا بها
واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا واجيب بان المراد به الاحبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون
على كتمان نعته ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على ان الحق لهم ما هم عليه فالكذب منهم تدين
ومطبقون على كون الكذب على احد محظور الاديان كلها **وقوله** بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار
كالمرتد فانه لا ولاية له على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة الذمي
على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ومما يقال لو استلزمت الولاية اهلية الشهادة
لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه ان الولاية بالاضافة الى المسلم معدومة وهو
كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السؤال ولانه منقول عليه جواب آخر وتقريره
سلمنا ان علة قبول شهادته وهي الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو لغيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على
التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على
التقول **قال** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي . لا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال
المصنف اراد بالحربي المستأمن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستأمن على الذمي غير متصور
لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الاسلام لا يقال يجوز ان يدخل الحربي دار الاسلام
بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لانه مأخوذ قهرا فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل
شهادة المستأمن على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستأمن من اهل دار الحرب واختلاف
الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرناه في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو اعلى حالا منه
اي اقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقبل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهارا على الاختلاف لتمام
الدليل لقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزء علة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل
شهادة الذمي عليه لانه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن
وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفتين
ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض الصور دون بعض تحكم والاول هو الظاهر فان قلت
اما يجوز ان يكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن لا جزء علة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه
لا يساعده فتأمل ويستفاد الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه
لا يلزم ذلك **قال** وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض . المستأمنون في دارنا اذا كانوا

اما انهم يكونوا

اما ان يكونوا من دار واحدة او لا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان
الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله
بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن
لكنها لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة
لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم لعكسه لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستأمن
فتقبل شهادة الذمي عليه ولا كذلك المستأمن لانه ليس من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة
اذا كانا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا في تجمعهم بخلاف المستأمنين
قال وان كانت الحسنات اكثر من السيئات . واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات
وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة وكبيرة يعتبر غالب
احواله في تعاطي الصغائر فان كان اجتنابه عما هو مأذون في الشرع اغلب من الماثم بالصغائر جازت
شهادته ولا يقدح عدالته بالالمام بالصغائر لئلا يفضي الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح
لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختتن لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة
الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ عدلا بل ولا مسلما وابو حنيفة لم يقدر له وقتا معينا
اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر
وبعضهم اليوم السابع من ولادته لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع او بعد السابع
لكنه شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع
ظلما فصار كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يؤثر على ولدهما وكفرهما غير مانع
لشهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك رحمه الله لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله
والكاف زائدة كما في قوله تعالى ليس كمثله شيء فيتهم قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك بفعله ليس
بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به سلمناه لكن لا نسلم ان العدل يحب ذلك او يحبه وتقبل
شهادة الخنثى لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين
من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل
شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال انه يكون امرأة **قال** وشهادة العمال
جائزة . قال فخر الاسلام وعامة المشايخ معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابا حنيفة يجيز شهادة
العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق كالخراج والزكاة والعشور لان نفس العمل ليس بفسق فان
اجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعوان
السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم **وقوله** وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس
ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن
كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته
لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين
يعملون بايديهم ويؤاجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون اراد هذه المسألة ردا
لقولهم لان كسبهم اطيب الاكتساب قال صلى الله عليه وسلم افضل الناس عند الله من يأكل كسب يده فلم
يوجب جرحا **قال** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان . اذا شهد الرجلان ان اباهما
اوصى الى فلان او شهد الموصى لهما بذلك او شهد غريمان لهما على الميت دين او شهد غريمان للميت عليهما دين
او شهد وصيان انه اوصى الى ثالث معهما فذلك على وجوه متماثلة فلا يخلو اما ان يكون الموت معلوما او معروفا

والوصي راضيا او لم يكن فان كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه شهادة منهم بعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقه او فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها ما توجب على القاضي ما لا يمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحيته من تنصيبه واهليته وهاهنا شهادة بقوم كفوه مؤنة التعيين لم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجاب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما هاهنا ثابتة معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالهما به وكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكرا او لم يعرف الموت لانه ليس له نصب ولاية الوصي اذ ذاك فالشهادة هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانها تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهد ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل ذلك او ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك

قال ولا تسمع القاضي الشهادة على جرح • الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخلو اما ان يكون بما يدخل تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخله تحت الحكم والاول بخلاف الثاني وذلك ان تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم وانما الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة او زناة او اكلوا ربوا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف بوجهين احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ورفع الالزام ومما عنا انما هو للحكم والالزام والثاني قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المفرد هتك الستر وهو اظهار للفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد اجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقول لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا سال الشاهد تفاديا عن التعادي واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم بذلك واذ كان عدم السماع يفيده لجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا قوله الا انه استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعي عليه على المدعي انه اقر ان شهوده فسقة فانها تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا ان المدعي استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد وهم الاستيجار اليه ليس بجرح له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى الخصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا عنه حتى لو اقام البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على انه صالح الشهود على كذا من المال ودفعه اليهم على ان يشهدوا عليه بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع وليس ذكرا في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو تعقيبه فكان المناسب ان يقول وكذلك وهو اشهد والمعنى اذا اقام المدعي عليه بينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلما انه يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وموضعه اصول الفقه واما قوله انه محدود

في قذف

في قذف فلانه تعلق به حكم وهو كمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحكم وقد تحققنا في الجرح المجرد ايضا الدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعي عليه لانها تتهيا بان يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا اي اقامة البينة على ذلك اعتبار ان احدهما ان يكون الجرح الشهادة وهو غير مقبول ومن علاماته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه

قال ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطات بنسيان ما يحق على ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني ترك ما يحق على او بيت بما لا يجوز لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغيير من احد الخصمين او لا فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك ترك لفظة الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما بقي او زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المصنف ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل فاما اذا قال بعدما قام عن المجلس فلم يقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط.

قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل آخر على ذلك وفيه اشارة الى ما مال اليه شمس الائمة فان الحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثابتة في الزيادة والنقصان كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود او ذكر الشرقي مكان الغربي او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان من عدا اليه ينفي توهم التلبيس والغرر والظاهر ما ذكرناه او لامن تغيير ما فيه شبهة التغرير بالمجلس ﴿﴾ والله تعالى اعلم

باب الاختلاف في الشهادة

تاخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا اذ الاختلاف انما هو بعارض الحقد والكذب فاخره وضعا للتناسب **قال** الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل قد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وموافقتها الشهادة هو ان يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر

بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه وشهد بانشقاقه عنده
او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك ولده او ادعى
انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين
لفظيهما فليست بشرط الا ترى ان المدعي يقول ادعي على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل
المصنف على ذلك بقوله لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشاهد وقد وجدت فيما يوافقها
وانعدمت فيما يخالفها اما ان تقدمه فيما شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد
منها ولا تتحقق الخصومة الا بالدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يفسدها من التكذيب واما
عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها
وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها
وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعي والشاهد
فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعي والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة الزام الحاكم
بما يلزمها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع
لا ان وجود الشرط استلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما على قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله ولا تشترط عدالة المدعي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل قال ويعتبر
اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة • الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت
شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة
فاما الموافقة في المعنى فلا بد منها بالاتفاق واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع ولهذا اذا شهد احدهما
بالهبة والاخر بالعطية فهي مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الاخر بالتضمن فقد
نفاه ابو حنيفة وجوزاه فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الالفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما
انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما
يتفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة على ما يجيء ولابي حنيفة
انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني
الدالة هي عليها بالضرورة وان شئت بالتبينة فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين
لا يعبر به عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا للكلام الاخر وحصل على كل واحد منهما شاهد
واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال بان شهد احدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة
قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين وشهد بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة
كوجوبها بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة عن ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه
بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهد بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والاخر بالاقرار
به لم تقبل ولقائل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر
المدعى عليه خمسمائة وشهد الشاهد ان بالف فالقول لا ينبغي ان يقول يحتمل انه ابرأ عن خمسمائة واستفاد الشاهد
علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسألة وما نقلت من المبسوط
ما ترى من التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة ان يحمل ما نقل عن المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بالدعوى بالابراء
او الايفاء ولا يلزم ابا حنيفة ما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا لا توقع
واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع ثلاث لان الاكثر في ذلك ثابت فيضمن الاقل وليس فيما

نحن فيه

نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به وحده ولا يثبت به شيء **قال** واذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة
ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول اذا شهد لمدعي اذا شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين
عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف
يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف او بمائة ومائة
وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا
متباينين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن
لي الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيب المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد
وبه لا يثبت شيء فان قيل لم لا يكذبه الا في البعض فما بال القاضي لا يقضي به على الباقي كما قضى بالباقي في
الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق
بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار قوله وكذا اذا سكت يعني اذا
ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن لي الا الالف والمسألة بحالها لا يقضى له بشيء لان التكذيب ثابت
ظاهرا فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى
هذا لو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق
وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا يخلو عن ثلاثة اما ان يكذب الشاهد
بالزيادة او سكت عن التصديق والتوفيق او وفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الاخر
قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة • اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما
قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد لانه
يشهد معه اخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون للمدعي على المدعى
عليه الف بل خمسمائة لا غير اجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض العين مكان الدين
الذي هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به اولا وهو
الدين فلم يعد مناقضا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين
الا خمسمائة لان القبض بطريق التملك لما اوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم
يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل كما قلنا في الالف
والالفين الا ان محمدا خالفه ههنا لان ذلك مما تكون الشهادة بالاقل وقعت بالاقل ابتداء وههنا ليس
كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة ودعوى
بان المدعي كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضي بشهادته وجوابه سيأتي قوله وينبغي
للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة
كيلا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم
فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسألة
الجامع الصغير وبين ما ذكرت قبلها ان في مسألة الجامع شهد احد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها
شهد ببعضه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء وهو
تفسيق له قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير
الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا له بحق آخر فانه تقبل اي يشهد له فاكذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي
الشهود تفسيق له لكونه اختيارا واما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه والله اعلم

قال وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة • قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضي القاضي بالأولى لم يقبلهما لأن إحداهما كاذبة بيقين إذ العرض الواحد أعني القتل لا يمكن أن يكون في مكانين وليست إحداهما بالأولى من الأخرى فإن سبقت إحداهما وقضي بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بما هو مثلها.

قال وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة • وقد ذكرنا أن اختلافهما في الكيف يمنع القبول فإذا شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد أو لا كالسواد والبياض عند أبي حنيفة وهو الأصح وقيل إن كانا يتشابهان قبلت والأولى وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسألة بحالها فإنها لم تقبل بالاتفاق بل هذا أولى لأن أمر الحد أهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه إتلاف بضعة الآدمي وصار كالذكورة والأنوثة في المغايرة ولأبي حنيفة أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة أو يجتمعان بأن يكون بلقا أحد جانبيها أسود يبصره أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر وإذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما إذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال لإثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لإثباته والثاني أن التوفيق وإن كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف فيما يندرئ بها والجواب عن الأول أن ذلك إنما كان احتيالا لإثباته أن لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أولا وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لإثبات الحد لإمكان ثبوته بدونه ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بأنه جواب القياس اعتبار إمكان التوفيق أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا. **قوله** بخلاف الغصب جواب عن مسألة الغصب بأن التحمل فيه بالنهار إذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والأنوثة جواب عما استشهدا به من الاختلاف فيهما لأنهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه فيحتاج إلى التوفيق.

قال ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف • رجل ادعى على آخر أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بألف وآخر بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لأن المشهود به مختلف إذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم إثباته وهو يختلف باختلاف الثمن إذ الشراء بألف غيره بألف وخمسمائة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فإن قيل لا نسلم أن المقصود إثبات العقد بل هو المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه أجيب بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم عليه وهو الملك إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك المطلق لصحبه فكان مقصوده السبب فإن قيل التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن ألفا ثم زاد في الثمن وعرف أحدهما دون الآخر أجيب بأن السيد الشهيد أبا القاسم ذهب إلى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما إذا شهدا بجنسين كألف درهم ومائة دينار ووجه ما في الكتاب أن الشراء بألف وخمسمائة إنما يكون إذا كان الألف والخمسمائة ملتصقين بالشراء وأما إذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن. **قوله** ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه دليل آخر على ذلك وكذا إذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بألف أو بألف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا أن المقصود هو السبب وكذا إذا كان الدعوى في الكتابة أما إذا كان يدعيها

لا أن رواه مولا اعياج الى السبب [illegible] فان الشهادة على الملك [illegible]

العبد

العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا وأما إذا كان هو المولى فلأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنى أما الأول فلأنه قال العتق لا يثبت قبل الأداء وذلك مشعر بأن مقصود المولى هو العتق والأداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة وأما الثاني فلأن المولى إذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الأول أن تقديره ولأن العتق لا يثبت قبل الأداء والأداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة أو يقال معناه أن مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الأداء والأداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بأن قوله فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لأداء البدل وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد أما أن المدعي إذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وإن كان الدعوى من جانب الزوج بأن قال خالعتك على ألف وخمسمائة والمرأة تدعي الألف وقال مولى العبد أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعي الألف أو قال ولي القصاص صالحتك بألف وخمسمائة والقاتل يدعي الألف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من أنه يقبل على الألف إذا ادعى ألفا وخمسمائة بالاتفاق وإذا ادعى الأقل لا يقبل عنده خلافا لهما وإن ادعى أقل المالين تعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لأنه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لعدم الدعوى لأنه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيد فكانت كأن لم تكن وإن كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى بأقل المالين إجماعا قيل عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعي هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه وأجيب بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالألف ضمنا وتبعا للدين وفي الإجارة لا يخلو إما أن تكون الدعوى في أول المدة أو بعد مضيها فإن كان الأول لم تقبل الشهادة كما في البيع لأن المقصود إثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وإن كان الثاني فإما أن يكون المدعي هو الآجر أو المستأجر فإن كان الآجر فهو دعوى الدين يقضى بأقل المالين إذا ادعى الأكثر لأن المدة إذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الأجر فصار كمن ادعى على آخر ألفا وخمسمائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة جازت على الألف وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافا لهما وإن كان المستأجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الإجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة إلى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لأنه إن أقر بالأكثر لم يبق نزاع وإن أقر بالأقل فالآجر لا يأخذ منه شيئا سوى ذلك وفي بعض الشروح فإن كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالإجماع وفي معنى الأول لأن الدعوى إذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستأجر باعترافه.

قال فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا • إذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت بألف عند أبي حنيفة وهو استحسان وقال أبو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح أيضا وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع أبي حنيفة لهما أن هذا اختلاف في السبب لأن المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويتصرف بملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعبد والأخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الأصل فكان ثابتا. **قوله** والأصل فيه الحل والازدواج دليل آخر الأصل في النكاح الحل والازدواج والملك لأن شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهدين فيها فيثبت الأصل لكن وقع

الاختلاف في البيع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين
واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد
المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان البيع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم منه المال
والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه
بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم والتشكك فيه غير ممنوع قال المصنف ويستوي دعوى اقل المالين
او اكثرهما لكلمة او والصواب كلمة الواو بدلالة يستوي وقوله في الصحيح احترازا عما قال بعضهم انه لما كان كالدين
وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد
وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود بل يثبت في ضمن العقد فلا يراعى ما هو شرط في المقصود اعني الدين
وقال بعضهم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع انها لا تقبل
لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول
وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت المراة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس
في ان الزوج يدعي العقد او المال او المراة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على مقدار
المهر هل يوجب خلافا في نفس العقد او لا قال ابو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف دليلهما واليه
اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا في ان
الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت
مات وتركها ميراثا له او لا قال ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف هو يقول ان الملك ملك المورث
ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة
بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء
في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لكنه يكون
استصحاب الحال مثبتا الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة
وكذا على قيام يده لان الايدي عند الموت ينقلب يد ملك بواسطة اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت
ان يسوي اسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه
فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا انها قد تكون اليد امانة ولا ضمان فيها تنقلب بواسطة ملكه لان الامانة
تصير مضمونة بالتجهيل بان مات ولم يبين الامانة ودفعه فلان لانه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان
واذا ثبت هذا فمن اقام بينة على انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا
يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما
فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقامها
كانت في يد فلان مات وهي في يده قبلت لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت وصار كانه اقامها على انها
ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له لم يقبل عندهما لعدم الجر وما
قام مقامه ويقبل عند ابي يوسف لشهادتهم بملك المورث. **قوله** وان قالوا للرجل حي مسئلة اتى بها استطرادا
اذ هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت
في يده لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا
هذا فصار كما لو شهدوا بان المدعى عليه اخذها من المدعي فانها تقبل ويرد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو
قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية بزوال باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكل ما

كان

ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر. **قوله** وهي متنوعة دليل آخر اي اليد متنوعة الى ملك
وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم
غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي
مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر كالمعاين [illegible] عدم رده اليه
قوله وان اقر المدعى عليه يعني اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت
اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت
اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى
عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ولزمه البيان والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التاخير في الذكر وجوازها استحسان والقياس لا
يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في
العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لمسيس الاحتياج اليها لان الاصل
قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى توى الحقوق ولهذا تجوز وان كثرت اعني الشهادة
على الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة البدلية لان البدلية لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل
وهذا كذلك واعترض بان لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جواز الجمع بين البدل والمبدل
لكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود
به فان المشهود بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه
المدعي واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع
واذا ثبت البدلية فيها لا يقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها
زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان
في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان
الاحتراز بجنس الشهود بان يزيد واحد عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام الباقون
فلا تقبل في الحدود والقصاص. **قوله** وتجوز شهادة شاهدين اي يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة
كل واحد من الاصلين وقال الشافعي لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا
على شهادة الآخر فلذلك اربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام الآخر واحد فصار كالمرضعتين
بقوله لما قاما مقام رجل واحد لم يتم القضاء بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل
الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولان نقل
الشهادة معطوف على قوله وقولنا قول علي ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها
فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا على شهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرضعتين فان
النصاب لم توجد لانهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة رجل واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع
قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه
واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه
وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار
قوله وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل. لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية
الشهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل

شاهد الفرع اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنا
كالنائب عن الاصل فلابد من التحميل والتوكيل على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما مر ان الفرع ليس بنائب
عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولابد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينقله
مثل ما سمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول اوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء
وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهد بي على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له
اشهد قال ويقول شاهد الفرع هذا بيان كيفية اداء الفرع الشهادة فيقول شاهد الفرع عند
الاداء اشهد أن فلان بن فلان أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي أشهد على شهادتي بذلك
لانه لابد من شهادته أعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهو اوسط
العبارات ولها أي ولشهادة الفروع عند الاداء لفظ اطول من هذا واقصر فالاطول ان يقول الفرع عند القاضي
اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على
شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فله ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات والاقصر منه وهو
ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة تحرر وهو اختيار الفقيه
ابي الليث واستاذه ابي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع
على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لابد من التحميل بالاتفاق واما عند محمد فلان القضاء عنده يقع
بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين تضمين الاصول
والفروع وذلك انما يكون بالتوكيل ولا توكيل الا بامره واما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد
اثنانا على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لابد له من نقل شهادة الاصول
الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست حجة بنفسها ما لم ينقل ولابد للنقل من التحميل ولقائل ان يقول كلام
المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لابد من النقل ليصير حجة وعطف
عليه فيظهر بالنقض وذلك يقتضي ان يكون التحميل بما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكره في الفوائد
الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون حجة الا في مجلس القاضي ولا يحصل العلم للقاضي بقيام
الحق بمجرد شهادة الاصل مرتب لان الفرع لا تسمع الشهادة على الشهادة وان كان الاصل يشهد بالحق عند القاضي
في مجلسه فلابد من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل
له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصل يجب عليه اداؤها وبامر بكمالها
متى وجد الطلب ممن له الحق كالو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن
بامره فباعتبار هذا لا يعتبر بشرط الامر لصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها حجة في نطلان ولايته في
تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر وصار كمن
له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا الكلام حسن
لسد الخلل واما عبارة المشايخ ففي مشكله ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول
الشهادات بوجه آخر مفيد قال ولا تقبل شهادة شهود الفروع قد تقدم ان جواز الشهادة على
الشهادة مساس الحاجة فلا يجوز ما لم توجد فلا يقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام او يمرضوا
مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحاكم لان الحاجة تحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن ادائها وانما اعتبرنا السفر
لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد المسح
وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المراة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان
لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح له الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا

الاول

الاول أي التفقد برتبته ابلغ واحسن لان العرف شرعا تحقق به كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا
لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكثير من المشايخ وروي عن ابي يوسف
ومحمد انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم فان عدل شهود الاصل شهود
الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصلين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي
او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما
يسأل عن احوالهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع
يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول يثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل
التزكية لكونهم على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل
التزكية قوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه بتزكيته ينفذ شهادة نفسه
بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر أي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال
ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله
على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما يشهد فيما
ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة
فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لان قوله
في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما
فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول
بان يسأل من المزكين غير الفروع عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة
الا بالعدالة فاذا لم يعلموا الشهادة فلا يقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون
تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد قاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف
العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا فكذلك
وقولهم لا نخبرك سواء وكانه اشار اليه بقوله فان لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة
الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل
الشهادة بان قالوا ما لنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع
لان التحميل لم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو أي التحميل شرط صحة شهادة الفروع
قال وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان
الفلانية وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لا نعلم اهي هذه أم لا
يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي
الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلابد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذه تحملوا الشهادة ببيع محدود
بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا يقبل ما لم يشهدوا ان المحدود بها في يده لابد من شاهدين آخرين
يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بتلك
الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر شاهدان شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن
فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي
هات شاهدين ان هذا احضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي
كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل
فلا يلزم ما قيل جعل كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب اذ العدد من شأنهم دون الكتاب

لأن ديانته وصدقه ولايته أقام مقام العدد ولو قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب
القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني التي لا أخص منها قال في المغرب
الفخذ آخر القبائل الست أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في غيره إن
الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين تجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع
البطون والبطن يجمع الأفخاذ والفخذ يجمع الفصائل وهذا أي عدم الجواز لأن التعريف لا بد منه ولا يحصل
بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون فلم يكن بينهم نسبا اتحدت أسماؤهم وأسماء
آبائهم ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما
الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الرواية وإن لم يذكر فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأن الفخذ اسم الجد
الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى في النسبة وهو أبو الأب

فصل

شاهد الزور أشهره في السوق
قال أبو حنيفة رضي الله عنه شاهد الزور أشهره في السوق شاهد الزور وهو الذي أقر على نفسه
أنه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزره وتشهيره تعزيره عند أبي حنيفة بقوله ولا أعزره يعني ولا أضرب
وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه
ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر وبالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود
لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لأنهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا
يبلغ التعزير إلى أربعين لأن مقصودهما إثبات ما نفاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب فإنه يدل على أصل الضرب
مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله ولأن هذه أي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك
بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى أبو بكرة
عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الإشراك بالله وعقوق
الوالدين وكان متكئا فجلس فقال ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت وتعدي
ضررها إلى العباد بإتلاف أموالهم وليس فيه حد مقدر فيعزر ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شريحا كان يشهر ولا يضرب
وكان ذلك في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي
عنهما وعلى محل الإجماع ولأن المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وإن كان مبالغة
في الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع فإنه إذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع الحقوق فوجب تخفيفه
من هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين
وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا ما أوله
شمس الأئمة رحمه الله وأوله شيخ الإسلام رحمه الله بأن المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير
فإن الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم
وتفسير التشهير ما نقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن لم يكن سوقيا
بعد العصر أجمع ما كانوا أي مجتمعين أو إلى موضع يكون أكثر جمعا للقوم ويقول إن شريحا يقرئكم السلام ويقول
إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الأئمة أن عندهما أيضا يشهر والحبس
والتعزير مقداره مفوض إلى ما يراه القاضي ولم يذكر المصنف رحمه الله أن هذا الاختلاف فيمن كان
تائبا أو مصرا أو مجهول الحال وقد قيل إن رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وإن رجع على
سبيل الإصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وإن لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي قلنا ثم إنه إذا تاب هل
تقبل شهادته بعد ذلك أو لا إن كان فاسقا تقبل لأن الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة
ظهور التوبة عند بعض المشايخ رحمهم الله ستة أشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح أنه مفوض إلى رأي

القاضي

القاضي وإن كان مستورا لا يقبل أصلا وكذا إن كان عدلا على رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله
لأن الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى أبو جعفر عنه
أنه يقبل قالوا وعليه الفتوى قال وفي الجامع الصغير وذكر أن فائدة ذكر رواية هي معرفة
شاهد الزور بأنه الذي أقر على نفسه بذلك فأما إثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لأنه نفي الشهادة
والبينات شرعت للإثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص وظهر حيا أو بموته وكان حيا إما لندرته
وإما لأنه لا يحصل له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لإقراره
بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك

كتاب الرجوع عن الشهادة

يناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر إذ الرجوع عنها يقتضي
سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصا عن
عقاب الكبيرة فإذا رجع الشهود عن شهادتهم بأن قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به أو شهدنا
بزور فيما شهدنا فإما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده فإن كان الأول سقطت الشهادة عن إثبات الحق
بها على الغريم لأن الحق إنما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء هاهنا لأن القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا
ضمان عليهما لأن الضمان بالإتلاف ولا إتلاف هاهنا لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه
أما على المدعى عليه فظاهر وأما على المدعي فلأن الشهادة إن كانت حقا في الواقع ورجعا عنها صارا كاتمين
للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وإن كان الثاني لم يفسخ الحكم لأن الكلام الثاني يناقض الأول والكلام
المتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي إلى التسلسل وذلك لأنه لو كان
معتبرا لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك
خارج عن موضوعات الشرع ولأن الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالأول وكل ما كان كذلك ساواه
واحتيج فيه إلى الترجيح وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم
لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وإن كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم
فكان التسبب منهم تعديا فيضاف الحكم إليهم كحافر البئر على قارعة الطريق فإن قيل كلامهم
متناقض وذلك ساقط العبرة فعلام الضمان أجاب بقوله التناقض لا يمنع صحة الإقرار وقد تقرر
من بعد واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المتقدم قال ولا يصح الرجوع إلا
بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح إلا بحضرة حاكم سواء كان هو الأول أو الآخر لأنه فسخ للشهادة
وهو يختص بمجلس الحكم فالرجوع يختص به وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما يختص
به الشهادة وهو ممنوع فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة
الكاذبة والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية ولا بد
من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لأن الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والإقرار
بالضمان مرتب على ارتفاعها أو ثابت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم
ابتداء لا بقاء ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطا بما يشترط للابتداء لكونه أسهل منه لأنا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء
وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فإنه شرط لصحته وصحة
الفسخ ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان وشهادة الزور جناية
في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى رجوعهما وأقام على ذلك بينة
أو عجز عنها وأراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لأن البينة واليمين يترتبان على دعوى
صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل

بينة لأن السبب صحيح. الضمير المستكن في ضمنه يجوز أن يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا
إلى الآن ويجوز أن يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي تضمينه والألف واللام في قوله لأن السبب
بدل من المضاف إليه وهو قبول البينة أي لأن السبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم
وقيل هو الضمان ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لأن الدعوى حينئذ
ليست بمطابقة للدليل فإن قبول البينة لا وجوب الضمان فتأمل وإن شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا
المال للمشهود عليه هذه المسألة قد علمت من قوله ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لأنه ذكرها لبيان خلاف الشافعي
ولما يأتي بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لأنهما سببا للإتلاف ولا
معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لأنهما سببا للإتلاف على وجه التعدي وذلك نوع
الضمان إذا لم يمكن إضافته إلى المباشر وههنا كذلك لأن المباشر هو القاضي وإضافة الضمان إليه متعذرة
لأنه كالملجأ إلى القضاء بشهادتهم لأنه بالتأخير يفسق وليس بملجأ حقيقة لأن الملجأ حقيقة من خاف على نفسه
العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولأن في إيجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام
فيتحمل الضرر الخاص لأجله وتعذر استيفاؤه من المدعي أيضا لأن الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب
فإن قيل ما بال الكل منكم ومن الشافعي ترك أصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فإنه إذا شهد شاهدان
على أنه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص
وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة أو صار
شبهة كما يجيء والشافعي جعله مباشرا لما ورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة إذا رجعا لو علمت أنكما
تعمدتما القطع لقطعت أيديكما والجواب أنه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه أن اليدين لا تقطعان بيد واحدة
وجاز أن يهدد الإمام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم
بالاتفاق وإنما يضمنان يعني أن الضمان إنما يجب على الشاهدين إذا قبض المدعي ما قضي له دينا كان أو عينا
وهو اختيار شمس الأئمة لأن الضمان بالإتلاف والإتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا يتحقق لا يتفاوت بين العين
والدين ولأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين وبيان ذلك أنهما إذا ألزما
دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما
وفرق شيخ الإسلام بين العين والدين فقال إن كان المشهود به عينا فللمشهود عليه أن يضمن الشاهد بعد
الرجوع وإن لم يقبضها المدعي وإن كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لأن ضمان الإتلاف وضمان
الإتلاف مقدر بالمثل وإذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما أزالاها عن ملكه إذا اتصل
القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبإزالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لا
تنتفي المماثلة وإذا كان دينا فإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب أن الملك
وإن ثبت للمقضي عليه له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل ولأن المال في يده ملكه فلا
يكون له أن يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده لتقع القضاء **قال** وإذا رجع أحدهما
ضمن النصف. المعتبر في باب الرجوع عن الشهادات بقاء من بقي لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة
الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق
إلى الكل لاستواء حالهم وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر إضافة القضاء إلى المثنى وعلى هذا إذا شهد اثنان
ورجع أحدهما ضمن النصف لأنه بقي بشهادته من بقي نصف الحق قيل لا نسلم ذلك فإن الباقي وحده لا يصلح لإثبات
شيء ابتداء فكذا بقاء وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء لإثبات ما لا يصلح في
الابتداء لذلك كما في النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح في البقاء ولهذا

وإذا شهد

وإذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق لأن استحقاق المدعي للمشهود به
باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف
له بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف
فلأن يمنعه بطريق الأولى لأن الدفع أسهل من الرفع فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق فإن قيل
يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلا لأن المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الأول كان نصاب
الشهادة باقيا فإذا رجع الثاني فهو الذي أتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه وأجيب بأن الضمان على
الأول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب وذلك لأن الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم إذا رجع الأول
ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فإذا رجع الثاني تبين أن الإتلاف من الابتداء كان بشهادتهما أو لأن القضاء
كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الأول وجد الإتلاف ولكن المانع وهو
بقاء النصاب منع عن إيجاب الضمان عليه فإذا رجع الثاني ارتفع المانع فوجب الضمان بالمقتضي وإن شهد رجل
وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الأرباع ببقاء من بقي وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن نصف
الحق باق بشهادة الرجل وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة
الأرباع وإن رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما
على الرجل النصف وعلى النساء النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا
مع رجل ويتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء وإذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه
عند الرجوع ولأبي حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال صلى الله عليه وسلم في نقصان
عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد وإذا كانت كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم
رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وإتمامه أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل
والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك في الابتداء أو مكررا فكان الإطلاق كالكلية وإن رجع النسوة
العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا أن المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه
نصف الحق وإن شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن المرأة الواحدة شطر العلة
ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا إلى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا والله أعلم
قال وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح. وإن شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما
سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو بأقل من ذلك لأن المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير
مضمونة بالإتلاف لأن التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله
وإنما تتقوم جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتمليك كذلك لأن الخارج هو عين الداخل
في الملك فمن ضرورة التقوم في إحدى الحالتين تقومها في الأخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه
ذلك أنها إنما تضمن وتتقوم بالتملك إبانة لخطر المحل لأنه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود
في حالة الإزالة ألا ترى أنه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الإزالة كالشهود والولي وموضعه
أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك إن شهدا على الزوج بتزوج امرأة
بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما ذكرنا أن البضع متقوم حالة الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا
إتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله وهذا لأن مبنى الضمان معناه أن الإتلاف
بغير عوض مضمون بالنص والإتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وإن
شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض وهو يوجب الضمان

قال وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة • شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كانت قيمة العبد الفين ضمنا للبائع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والخيار كان ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لانهما اتلفا الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة بحيث لم يفعل كان راضيا به والرضى يسقط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده والبائع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه اذا اهلكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط كالارتداد ومطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا ترى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا انه اعتق عبده فقضي بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك قال واذا شهدا بقصاص ثم رجعا • اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره ان كان آمر فاعل او فاشبه القاضي المكره لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب كفر ان كان امر مقبول وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس بملجأ الى القتل وقوله بل اولى اي التسبيب ههنا اولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمتنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره فالمسبب من الشاهد اولى ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن فيه الا ان يكون تمهيدا الى ان المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حيوته ظاهرا وللقائل ان يقول ظهور ايثار حيوته اما ان يكون شرعا او طبعا والاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا ولئن سلم فقال ولان الفعل الاختياري يعني سلمنا ان ثمة تسبيبا ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من المولى باختياره الصحيح فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع

لنسبة

نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهة سقوط ما يثبت بها وقد يتضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وبين تضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما قالا كانا عاملين للولي فيرجعان عليه وقال ضمنا لاتلاف المشهود عليه والمتلف لا يرجع بما يضمن نسبته على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال واذا رجع شهود الفرع • اذا رجعوا شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم غالطين او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضي بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ضمنوا لهما ان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى تكون سببا للاتلاف وله ان الفروع قاموا مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء حصل بشهادة الاصلين ولهذا تعتبر عدالتهما فصار كما لو حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكره ابو حنيفة وابو يوسف وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتاخير دليل محمد في المسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا • اذا شهدوا بالزنى وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانهم لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنى وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة

علة العلة من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها وإنما قال بمعنى علة العلة لأن الشهادة ليست
بعلة وإنما هي سبب أضيف إليه الحكم لتعذر الإضافة إلى العلة بخلاف شهود الإحصان فإنه شرط محض
لأن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة وشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا وإنما

قال وإذا شهد شاهدان باليمين ● إذا شهدا على رجل أنه قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر أو
قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وآخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله
خاصة رد لقول زفر فإنه يقول الضمان عليهم لأن التلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف
يضاف إلى السبب دون الشرط المحض لأن السبب إذا صلح لإضافة الحكم إليه لا يصار إلى الشرط كحافر البئر مع الملقي
فإن الضمان عليه دون الحافر **قوله** ألا ترى توضيح للإضافة إلى السبب دون الشرط فإن القاضي يسمع
الشهادة باليمين ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومال شمس
الأئمة السرخسي إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما إذا كانت اليمين ثابتة بإقرار المولى ورجع شهود
الشرط ذهب بعض المشايخ إلى أنهم يضمنون لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها هاهنا فإنها ليست بتعد فتضاف
إلى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر فقيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال
نص عليه في الزيادات لأن قوله أنت حر مباشرة للإتلاف والتلف وعند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إلى
العلة دون سواء كان بطريق التعدي أو لا بخلاف مسألة الحفر فإن العلة هناك الماشي وليس ذلك من مباشرة
الإتلاف في شيء فلذلك جعل الإتلاف مضافا إلى الشرط **قوله** ومعنى المسألة يريد به صورة المسألة وقد قدمناها
في صدر البحث

كتاب الوكالة

عقب الشهادة بالوكالة لأن الإنسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاضد وتعاوض والشهادات من
التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فلذلك أخرها والوكالة
بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا إذا فوض إليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض إليه كأنه فعيل بمعنى
مفعول لأنه موكول إليه الأمر أي مفوض إليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام
نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ولم
يلحقه النكير والسنة وهو ما روي أنه وكل حكيم بن حزام بشرى الأضحية وبالإجماع فإن الأمة قد أجمعت على
جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطيها وركنها
لفظ وكلت وأشباهه روى بشر عن أبي يوسف إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أو هويت
أو رضيت أو شئت أو أردت فذاك توكيل وأمر بالبيع وشرطها أن يملك الموكل التصرف وتلزمه الأحكام
كما سنذكره وصفتها أنه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه بدون رضى صاحبه
وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه **قال** كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه هذه
ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فإن مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة
فيحتاج إلى التوكيل وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمرو بن أم
سلمة رضي الله عنها إياه عليه السلام فاعترض على الضابطة بأنها غير مطردة ومنعكسة أما الأول فلأن
الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه وإذا وكل غيره ولم
يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي إذا وكل مسلما في الخمر والخنزير وجاز أن يعقد الذمي بنفسه فيهما
وأما الثاني فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند أبي حنيفة
والجواب عن الأول أن محل العقد من شرطه لكون المحل شرطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض
لأن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل وورد بأنه تقرير

للقبض

للقبض لا دافع وبأن التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب أنه من باب تخلف المانع وفقد عدم
المانع في الأحكام الكلية غير لازم وأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض
الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال فلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لأن ذلك محل الوكيل
بإيفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستبدا به والوكيل ليس
كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والمسلم توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك الجواز أن يمنع مانع
عن التوكيل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بأن العكس غير لازم وليس
بمقصود واعترض على قوله لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة
وإن لم يكن ثمة عجز أصلا وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد ويجوز أن يقال ذكر
الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة
وقد توجد بلا عجز **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق ● الوكالة جائزة في جميع الحقوق
بالخصومة وكذا بإيفائها واستيفائها أما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة إذ ليس كل واحد يهتدي
إلى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب
ولما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر وأما بإيفائها واستيفائها فلأنه جاز أن يباشر بنفسه
فجاز أن يوكل وإذ ليس كل واحد يهتدي إلى وجوه الخصومات به إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة باستيفائها
في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لأن الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى بمن يقوم مقام الغير
لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال
وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها وتقريره القصاص يندرئ بالشبهات
وهي موجودة لأن شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل
بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي بقوله
خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا يندرئ بالشبهات
بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لأن الشبهة في حقه الرجوع والظاهر
عدمه في حقه عدم الرجوع إذ الأصل هو الصدق لا سيما في العدول وبخلاف ما إذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة
أي شبهة العفو فإنه في حضوره مما لا يخفى فإن قيل إذا كان الموكل حاضرا فما الحاجة إلى التوكيل بالاستيفاء
أو هو يستوفيه بنفسه أجاب بقوله وليس كل أحد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك
فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية قوله وهذا الذي ذكرنا
يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص فإنه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وإيفائها
واستيفائها واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءها بقي الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة
في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يجوز الوكالة بإثبات
الحدود والقصاص بإقامة الشهود وقول محمد مضطرب وقيل هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائبا
أما إذا حضر فلا اختلاف لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره لأبي يوسف أن التوكيل إنابة والإنابة
فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولأبي
حنيفة أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة والشرط المحض حق
من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لعموم المقتضي وانتفاء المانع لأن المانع وهو
الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لا قيام في الشرط لأنه يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب
والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها

الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب بدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع الا ترى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال تدفع العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضا بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به **قال** ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم اتفق الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بها الا برضاه وسواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا ان يكون المرض او السفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده او لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم وذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرف في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون وايفائها ولابي حنيفة انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تتوقف على رضا الاخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضا والفسخ **قوله** بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويراد جوابا عن السؤال بان يوقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من افات التاخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحتمل الاسهل والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمال فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح واراد بالسفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت امراة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف وهذا شي استحسنه المتاخرون واما في الاصل فانه فلا فرق عند ابي حنيفة بين الرجل والمراة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر دون الثيب والرجل **قال** ومن شرط الوكالة ه ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لا ان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشا هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف

فان الاب

فان الاب لكلمة من جنس التصرف وقوله وتلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احترازا عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احترازا عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا هو الاصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف وتلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رايه **قوله** لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا الجواز لثبوت شي بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث تلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان كان الموكل يملكه او لا لعارض عرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشرا جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده احترازا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا ايسر الى معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفته ان ما زاد عليه ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او الماذون البالغ مثلهما جاز وتفهم جواز توكيل من كان دونهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من اهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه او فعل الماذون ذلك جاز لانهما انما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا عتق لزمته العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم تلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا ماذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي الماذون اذا وكل بالبيع فباع لزمته العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشرا بثمن مؤجل لم تلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الامر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك انما هذا التزام مال في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشرا بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما لزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه

والصبي المأذون من أهل ذلك والجواب في العبد المأذون أيضا على هذا التفصيل وعن أبي يوسف أن المشتري
إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد وفي بعض النسخ محجور والمراد به محجور يثبت له الخيار الفسخ
لأنه ما رضي بالعقد إلا على أن الحقوق تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيب لم يرض
به. قال (والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين) ه العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب
تتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الأول كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة فحقوقه
تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ومحل التصرف وهو الملك يتعلق
بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد في هذا التصرف حقيقة وحكما
أما حقيقة فلأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له أهلية الإيجاب والاستيجاب فكان
العقد الواقع منه له ولغيره سواء وأما حكما فلأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل بخلاف الرسول
والوكيل بالنكاح فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إليه وإذا كان كذلك كان الوكيل أصلا في الحقوق فتتعلق
به فلهذا قال القدوري في المختصر أو قال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى
ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن ذلك كله من حقوق العقد قوله والملك يثبت للموكل خلافة
جواب عما قال الشافعي أن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره أن الملك
يقع للموكل ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة أن يثبت الملك للموكل ابتداء أو السبب
انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذه طريقة أبي طاهر الدباس وإليه
ذهب جماعة من أصحابنا وقال شمس الأئمة قول أبي طاهر أصح وقال المصنف هو الصحيح فإن قيل قول المصنف
أبي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا عنه مع التزامه. **قوله** فإنه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل
فكذا الحقوق فالجواب أنه ليس كذلك لأنه يقول بثبوت الملك له خلافة والشافعي أصالة وتحقيق المسألة أن
لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل وإعمالهما ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما
فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته بطل التوكيل ولو أثبتناهما
للموكل بطل عبارته فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل وإليه أشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق
فتتعين الحقوق للوكيل ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويثبت
فإن مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب. **وقوله** هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي وهي أن الملك
يثبت لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل وإنما كان الأول هو الصحيح لأن المشتري إذا كان منكوحة الوكيل
أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان ذلك وأجيب بأن نفوذ العتق يقتضي ملكا
مستقرا قال في الزيادات فيمن يزوج أمة ثم حرة على رقبتها فأجاز المولى صارت الأمة مهر الحرة ولم يفسد
النكاح وإن ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر بل ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه
وفيه نظر لأنه يخالف إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال
القاضي أبو زيد الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل
من قبله فوافق أبا الحسن في حق الحقوق وأبا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا أحسن قال المصنف
وفي مسألة العيب تفصيل نذكره وأراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله وإذا اشترى
الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه
قال (وكل عقد يضيفه إلى موكله) ه هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله
كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل
المرأة بتسليمها لأن الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن إضافته إلى الموكل فإنه إن أضافه

الى نفسه

إلى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل فكان العقد صادرا منه ومن صدر منه العقد
رجع إليه الحقوق كما في الضرب الأول قال المصنف وهذا لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه
يعني أن السبب في هذه العقود إسقاط فيتلاشى ومعنى الإسقاط في غير النكاح ظاهر وأما فيه فلأن الأصل
في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور إلا أن الشرع أثبت نوع ملك للحرة بالنكاح
ضرورة النسل وفي ذلك إسقاط لما لكنهما فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ثم
ولقائل أن يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل
عن السبب والجواب أنا قد قلنا في الضرب الأول إن الحكم ينتقل إلى الموكل أو يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل
السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار
ولا بغيره لكونها للإسقاط فإما أن يبقى الحكم للوكيل أو تنتقل العبارة إلى الموكل والأول باطل لأنه يبطل التوكيل
وينافي الإضافة إلى الموكل فتعين الثاني وإليه أشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله وتنبيهه للطائف
الاعتبارات جزاه الله عن الطلبة خيرا. **قال** (والضرب الثاني من أخواته) ه أي ومن أخوات الضرب الثاني أخواته
العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار فيضيفه إلى موكله والحقوق ترجع إليه لأنه من الإسقاطات وأما
الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن إقرار فهو من الضرب الأول لأنه مبادلة مال بمال فكان كالبيع
تتعلق حقوقه بالوكيل وإذا وكل بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق بماله أو يقرضه أو يعيره دابته أو يودع
متاعه أو يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما أمر به جاز على الموكل بإضافته إليه مثل أن يقول وهبه لك موكلي
أو رهنه وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال
المصنف لأن الحكم فيها يعني في الصورة المذكورة يثبت بالقبض والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فلم يجعل أصيلا فيه
يلاقي محلا مملوكا للغير فقوله فلا يجعل أصيلا مقتضاه أصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويندفع ذلك بأن الحكم
إذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم
الانفصال عنها انتقلت إلى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج إلى القبض أولى لضعفها في العلية وكذا إذا
كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل بالاستعارة والارتهان أو الاستيهاب فإن الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل
دون الوكيل أما إذا قبض الموكل فلا إشكال وأما إذا قبض الوكيل فالواجب أن يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق
بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويندفع بأنه لا بد له من إضافة العقد إلى موكله وهي تجعل القبض له قضاء
كما إذا قبضه بنفسه وكذا إذا وكل بعقد الشركة أو المضاربة كانت الحقوق راجعة إلى الموكل للإضافة
قوله إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس
واعلم أني أعيد لك ههنا ما ذكرته في أوائل كتاب الوكالة وأزيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من
معارك الآراء فإن ظفرت فاحمد الله وإن سنح ذهنك خلافه فلا ملامة فإن محمدا المقلد موضعه التوكيل
بالاستقراض لا يصح لأنه أمر بالتصرف في مال الغير وأنه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فإنه أمر بقبض المبيع وهو
ملك الغير وأجيب بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه وأورد بأنه لا محل له في الاستقراض
البدل في ذمة الموكل وأجيب بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض فأورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة
فإنه يصح ولا محل له سوى المستعار والموهوب إذ ليس بمتصور على المستعير أو الموهوب له فيجعل محلا
للتوكيل والجواب أن المستعار والموهوب محل التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وأما
محله فيهما عبارة الموكل فإنه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل مقام نفسه في ذلك
فإن قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب أنا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة
صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبرا لا إيفاء

في الذمة لزمه اجتماع الاصيل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب
خلاف الرسالة فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما
استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك كذا فحينئذ يثبت الملك
للمستقرض يعني المرسل **قال** واذا طالب الموكل المشتري بالثمن • اذا طالب الموكل المشتري بالثمن
فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل
ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري
الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في
الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض
فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق
القبض **قوله** ولهذا التوضيح كقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقع
المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابراء بعوض
فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراه جميعا بغير عوض خرج الكلام ان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل
حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين
الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل
عند ابي حنيفة ومحمد ان يبرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له
ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو
كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراؤه وان الابراء من
الوكيل هو ذلك فاذا ابرأ اسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد
على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب
الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف
فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا
اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا انفا قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع
بيع يوجب مقاصة لانه غرم الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا متقدما اذ كانت
بدين الموكل ومتأخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قدم من ابواب الوكالة
ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك
والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات **قال** ومن وكل رجلا بشراء شيء • اذا وكل رجلا
بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع
ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما
هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو
النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع
الصنف فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معينا اولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية
جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير
الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن
الوكيل من الايتمار مما امر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به

معلوما

معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس
هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الاخر وهو
التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رأيت فانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع
عن عهدة الامر والاصل ان الجهالة اليسيرة متحملة في باب الوكالة استحسانا والقياس يأباه لان التوكيل
بالبيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبايع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر
به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة
حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة
وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فنقول اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذاك معلوم
صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة
به لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع او الثمن جازت والا
فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لاخر اشتر لي ثوبا او دابة
او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض
وفي العرف يطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس
الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف
الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى
مراد الامر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها ببيان الوصف والثمن واذا قال
اشتر لي عبدا وجارية لا يصح لان ذلك يشمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي
ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا
قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال وتبين
من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة
والرداءة والسطة وفائدة ذكره في الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه واذا
قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما • ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي
بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل
طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس
والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها فانه لو اهدى اعرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة
ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخنا ما
وراء الشراء الطعام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم
فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا الظاهر يدل على ان ما ذكره
اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها
وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية
انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في
المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها
الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها واقول
في تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها
وكثرتها وسطها تعين افراد ما عينه العرف وقد تعرض ما يترجح على ذلك وتصرفه الى خلاف ما حمل به

عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة تشترى بها طعاما فاشترى بها خبزا اوقع على الوكالة للعلم
بان المراد ذلك **قال** واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب ◦ واذا اشترى الوكيل ما وكل
به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشترى بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له
ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني
لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه
ولهذا اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق
قبل التسليم الى الموكل **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم ◦ اذا وكل شخصا بان يعقد
عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على
ما مر في اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبل السلم لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون
الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في
الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة
المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشرى جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل
مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه ◦ واجيب عن
الاول بان الموكل يملكه ضرورة دفع الحاجة اليه وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص
والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمته
واخر يملك بدله وما الزمتم ليس كذلك فان الموكل في الشرى يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته فان قيل
فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشرى فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول
المذكور انفا واذا بطل التوكيل كان عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال مملوك له فاذا
سلمه الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه او الى
الامر لاطلاق ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف وراس مال السلم في المجلس فان قبض العاقد وهو
الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه
فان قبضه صح وان لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض
قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير
كالصارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل ومفارقة الموكل غير معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبل
العاقد **قوله** بخلاف الرسول متعلق بقوله فيبطل قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسول بين اي الرسول
في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم
اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول به
ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض والا كان افتراقا بلا قبض
واذا فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح **قال** واذا دفع الوكيل
بالشراء الثمن من ماله ◦ اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل
لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية اي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت امارات البيع فانهما اذا اختلفا
في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وذلك من خواص المبادلة فان قيل
ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص باصل وجوده يدل على وجود اصله فلا مانع
في كونه دليلا وانما المنع كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري من جهته

يرجع

يرجع عليه **قوله** ولان الحقوق دليل اخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن
ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع
وكان راضيا بذلك فكان امرا به دلالة وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا
لم يحبس صار الموكل قابضا بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل
ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل
بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع اولا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه
اليه والحبس بعد التسليم غير متصور ولنا في ذلك طريقان احدهما ان يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لان
المبادلة تقتضي الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس
ما لم يقبض ولا يمكن ان يقبض على وجه لا يكون الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثاني ان يقال ان قبض الوكيل
في الابتداء متردد بين ان يكون لنفسه مقصودا للموكل وان يكون لا حاجة وانما يتبين احدهما بعينه فكان الامر
فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل
لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن
الثمن فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد
وهو قول ابي حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله او قيمته بالغة ما
بلغت فلا يرجع الوكيل على الموكل وان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر ويقول منعه
حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه صار غاصبا ولهما اي لابي حنيفة ومحمد ان
الوكيل بمنزلة البائع من الموكل كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك
المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب
بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فيقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه
كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده امانة ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن لانه
لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو معنى الرهن لا معنى البيع
فان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا الاثبات مدعاه **وقوله** بخلاف المبيع لنفي قولهما يعني ان المشترى
ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب
المصنف بقوله قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل
عيبا بالمشتري فرده ورضي به الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا مغالطة
على ابي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول
ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه بين الاصل اذا هلك
في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع وانه لكما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في
يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت حق التامل
وجدت ما ذكر عن جانب ابي يوسف غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ
العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره احدهما **قال** واذا وكله
بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم ◦ وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما
ان يكون ذلك من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم او مما يباع منه عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم
الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد
مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل الا في وكالة المبسوط في اخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال

لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور ولأبي يوسف أن الموكل أمر الوكيل بتصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال والوكيل لم يخالفه فيما أمره وإنما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لأنه ليس كما إذا ادخر وصار كما إذا وكله ببيع عبد له بألف فباعه بألفين ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة أرطال ولم يأمره بشراء الزيادة وظن أن ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما أمره به فنفذ شراء ما عليه وشراء العشرة على الموكل لأنه أتى بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الأول يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك لأن العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة كما إذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه أيضا بمثاله والثاني أنه إذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز الشراء في كل واحد منهما يعني لا يلزم الآمر منهما شيء والمسألة كالمسألة حذو القذة بالقذة وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ما يتضمنه وما يتضمنه لم يقع لعدم الأمر به فكذا ما في ضمنه وأما فيما نحن فيه فكل قصدي لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع فلا يتحقق للضمني في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الأمثال ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وحينئذ كان للموكل أن يجعل للموكل أي عشرة شاء بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم فالثوبان وإن تساويا في القيمة لكن تعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه وإلى هذا أشار في التتمة فقال لأنا لا ندري أي لا ندري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف بالحزر والظن وهذا لا يمشي إلا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط وأما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك أن يقال اللحم أيضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فإن في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة وصنعة وأجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم من تحمله تحمل ما هو أقل خللا. **قوله** بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل أبي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف وبيعه بألفين بأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له ورد بأن الدرهم هنا ملك الموكل فيكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب أن الزيادة ثمة متولدة منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق وأقل ذلك أن الأولى الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفه إلى حاجة أخرى بأجرة وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وإن كان الثاني كان المشتري للوكيل بالإجماع لوجود المخالفة لأن الآمر تناول السمين والمشتري هزيل فلا يحصل مقصود الآمر **قال** ولو وكله بشراء شيء بعينه • ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير المسلم لأنه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولأن فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لأنه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فإن اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل إلا إذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فإذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه أو لم يسم فاشترى بغير النقود أو وكل رجلا بشرائه فاشترى وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه للوكيل لأنه خالف الآمر فينفذ عليه أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظاهر وكذا إذا اشترى بغير النقود لأن المتعارف فيه النقد فالأمر ينصرف إليه وكذا إذا وكل وكيلا لأنه مأمور بأن يحضره رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فإنه يقع

على الوكيل

على الوكيل لا على الموكل مع أنه لم يخالف في المهر المأمور به وأجيب بأن النكاح الموكل به نكاح مضاف إلى الموكل والموجود منه ليس بمضاف إليه حيث أنكحها من نفسه فإن النكاح من نفسه هو أن يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف إلى الموكل لا محالة فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل وإذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل أن اشترى بالمسمى من الثمن أو بالنقود فيما إذا لم يسم أو اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل فينفذ على الموكل لأنه إذا حضر رأيه ولم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل ذلك أجنبي فبلغ الوكيل فأجاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فإن الوكيل الثاني إذا طلق أو أعتق بحضرة الأول لا يقع والرواية في الجامع والتتمة وأجيب بأن العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لأن التوكيل تفويض الرأي إلى الوكيل وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي ولا حاجة فيهما إذا انفرد عن ماله إلى الرأي فجعلناها مجازا عن الرسالة لأنها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المأمور أن ينقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر أو الإجازة ليس من النقل في شيء فلم يملكه الوكيل وأما في البيع والشراء أو غيرهما فإن العمل بحقيقة الوكالة ممكن لأنها يحتاج فيها إلى الرأي فاعتبر المأمور وكيلا والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره أو بإجازته

قال وإن وكله بشراء عبد بغير عينه • إذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل فقوله بمال الموكل يحتمل وجهين أن يكون مراده النقد من مال الموكل وأن يكون الإضافة إليه عند العقد وهو المراد عند المصنف وذلك لأن هذه المسألة على وجوه لأنه إما أن يضيف العقد إلى مال الموكل أو إلى مال نفسه أو إلى دراهم مطلقة فإن كان الأول كان للآمر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا لدراهم الآمر وإن كان الثاني كان للمأمور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع الشراء لصاحب الدراهم ويجوز أن يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة دليلا على الوجه الأول والثاني يعلم بالدلالة فإنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه ويضيف الثمن إلى غيره شرعا فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره ويضيف إلى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والأول أولى لأن بالأول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وإن كان الثالث فإما أن نواها للآمر فهو له أو لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل بشيء بغير عينه وإن اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالإجماع لأن من نقد الثمن كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وإن توافقا على أنه لم يحضره النية قال محمد هو للعاقد لأن الأصل أن يعمل كل أحد لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره بالإضافة إلى ماله أو بالنية له والفرض عدمه وقال أبو يوسف يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين أن يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن أي المالين نقد تعين به أحد المحتملين ولأن مع تصادقهما يحتمل أن كان نوى للآمر ونسيه وفيما قلنا تحكيم النقد حمل حاله على الصلاح لأنه إذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا كما في حالة التكاذب وإذا علمت هذه الوجوه ظهر لك أن في النقد من مال الموكل تفصيلا إذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وإن نقد من دراهم الوكيل كان له وإن نواه للموكل لا معتبر بالنقد وخلافا فيما إذا تصادقا على أنه لم يحضره النية وقت الشراء أنه يقع للوكيل أو يحكم النقد وفي الإضافة إلى مال الموكل يقع له بالإجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري أو يشتريه بمال الموكل على الإضافة أولى ولهذا قال المصنف وهو المراد عندي بقي الكلام في أن الإضافة إلى أي نقد كانت ينبغي أن لا يفيد شيئا لأن النقود لا تتعين بالتعيين وأجيب عن ذلك بأنا لا نقول إن الشراء

تلك الدراهم متعينة وانما تفسد الوكالة بتقييدها على ما يجيء من الفاسخين في الوكالات الا ترى انه لو
هلكت قبل الشراء بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء لغيرها من موجبات الوكالة له **قوله** والوكيل
بالاسلام على هذه الوجوه انما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا
فانهم قالوا في مسألة الشراء اذا انقاد فانه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يجعل النقد
واما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسألة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين مسألة الشراء والسلم على
قول ابي يوسف بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جعل من له العقد بنيان
بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل **قال** ومن امر رجلا بشراء عبد
بالف ۞ ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل بشراء عبد
معين او غيره والاول سيجيء والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف او حيا وعلى كل من التقديرين
فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للامر لان المامور اخبر
عما لا يملك استينافه بسببه وهو الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد وهو لا يقدر
على استينافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع
على الموكل وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف
وقوله وهو راجع الى ما في معنا وان كان منقودا فالقول قول المامور لانه امين يريد الخروج عن
عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين
وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في
الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان يملك استيناف الشراء اذا
يرتفع التصور ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع
تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن
منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة ولا ثمن في يده
ههنا يعني فيما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة
وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن
منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه يملك استينافه واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه
لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر ان شراء ما وكل
به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع
المشتري له بخلاف ما اذا كان العبد هالكا والثمن منقود فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج
عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع
على الامر وهو منكر فالقول قوله **قال** ومن قال لاخر بعني هذا العبد لفلان ۞ رجل قال
لاخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان ابى ان يكون امره بذلك فان
لفلان ولاية اخذه لان قوله السابق بعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار لا يبطل
بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قوله لفلان ليس نصا في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة
كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار
اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه وان قال
فلان لم امره ثم بدا له ان ياخذه لم يكن له ان ياخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له
اي الا ان يسلم المشتري له العبد المشتري لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فلانا العبد المشتري

لاجله

لاجله وقال بايعه صبرا يعود الى المشتري بناء على الرد وابى بكسر الراء وفيهما فيكون بيعا وعليه العهدة اي
على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لغيره ثم سلمه المشتري
لاجله ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس
والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع **قال** ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما
ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن
قيد شرائهما منفردين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثناء من قوله جاز
اي جاز شراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش
بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء
فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما
وقيمتهما سواء وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة فكان امرا بشراء كل واحد
بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة
فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما
بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة
ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين
بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال
ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري
بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لا
بد ان يبقى من الالف ما يشترى به الباقي ليحصل غرض الامر **قال** ومن له على اخر الف ۞ ومن له
على اخر الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح على الامر ولزمه قبضه او مات قبله عند المامور
لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري
بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الامر فهو له لذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الامر
مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا امر من
عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق
والاصل للاختلاف وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس
لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كان او عينا الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم
تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر
لان يد الوكيل كيده فصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات
الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منهما او بالدين منهما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت ونقل الناطفي
عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير
غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسألتان تدلان على ان النقود
في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكورة في الكتاب لا تفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل على
انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل
واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد في الزيادات
رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم
ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات

قبل التسليم بلا خلاف لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فيتقيد بتعين الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء
قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء وأما بعد التسليم إلى الوكيل هل يتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتعين
لما ذكرنا وعامتهم على أنها لا تتعين ثم قال وفائدة النقد والتسليم على قول العامة توقف بقاء الوكالة ببقاء
الدراهم المنقودة وهذا أوفق لقول من قال منهم بالتعين لأن المراد به هو التوقف ببقائها وقطع الرجوع على الموكل
فيما وجب للوكيل عليه ولقائل أن يقول فعلى هذا في كلام المصنف نظر لأنه أثبت قول أبي حنيفة بقول بعض المشايخ
الذين حدثوا بعد أبي حنيفة بمائتي سنة والجواب أن المصنف لم يتعرض بأن ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده
في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعدم التسليم ثم قال صاحب النهاية إنما
قيد بالاستهلاك لأن بطلان الوكالة له خصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسألة تدل على ذلك
ورد بأنه مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا ولو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل
بالشراء بطلت الوكالة بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذ استهلك الوكيل بالشراء بطلت الوكالة
بل إنما قيد المصنف بذلك لئلا يتوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم
فيقوم مثلها مقامها فيصير كأن عينها باقية فقيد بالاستهلاك ليبين أنهما في بطلان الوكالة بهما سواء قوله وإذا تعينت
هو تتمة الدليل وتقريره أنها تتعين في الوكالات وإذا تعينت كان هو تمليك الدين من غير من عليه من غير أن يوكله
بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما إذا اشترى بدين على غير المشتري بأن كان لزيد على عمرو دين
مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فإنه لا يجوز كذلك أو يكون أمرا بصرف أي يدفع ما
لا يملكه إلا بالقبض قبل القبض وذلك لأن الديون تقضى بأمثالها فكان ما أدى المديون إلى البائع أو إلى رب
الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض فالأمر بدفع ما لم يملكه باطل وصار كما إذا قال أعط مالي
عليك من شئت فإنه باطل لأنه أمر بصرف لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه قوله
بخلاف ما إذا عين البائع يعني بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع أو المسلم إليه فإن التوكيل صحيح لازم للآمر
لأنه يصير البائع أولا وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غير من عليه ولا أمر بصرف ما لم
يقبض واعترض بأنه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي أن يجوز بجعله وكيلا بالقبض أولا لكونه معينا وأجيب
بأن عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير **وقوله** وبخلاف جواب عن قياسهما على
الأمر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر وقوله وإذا لم يصح التوكيل
رجوع إلى أول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء
على المأمور فإذا هلك عنده هلك من ماله لكن إذا قبضه الآمر منه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فإن هلك عنده
كان من ماله **قال** ومن دفع إلى آخر ألفا ○ رجل دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول للمأمور ومراده إذا كانت
تساوي الألف لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة
وهو ينكر والقول قول المنكر فإن كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لأن الوكيل خالف إلى
شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر إنما أمره بما يساوي ألفا فيضمن فإن لم يكن دفع الألف إليه
واختلفا فالقول للآمر أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة إلى شر وإن كانت قيمتها ألفا فمعنى قوله فالقول
للآمر يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير أن الجارية إذا كانت تساوي ألفا وجب أن يلزم
الآمر سواء قال المأمور اشتريتها بألف أو بأقل منها لأنه لما اشتراها بألف كان موافقا للآمر سواء
وإن اشتراها بأقل كان مخالفا إلى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لأنهما في هذا أي في هذا الفصل بمنزلة
منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فإذا تحالفا

فسخ

فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور وفيه مطالبة وهي أن الوكيل إذا قبض الثمن ثم وقع الاختلاف
اعتبرت المخالفة والأمانة وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحاكم في ذلك والجواب أن في
الأول سبقت الأمانة المبادلة والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني **قال**
ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ○ وإذا أمره بشراء عبد بعينه ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف
في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول أبي جعفر الهندواني
لأن تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة العقد ولو أنشأه لزم الآمر فكذا ههنا بخلاف المسألة
الأولى فإن البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا فإن قيل المذكور
فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه أجاب بقوله وقد ذكر يعني محمدا معظم يمين التحالف
وهو يمين البائع لأن البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف وأما المشتري وهو
الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت أعظم اليمينين فإذا وجبت
على المدعي فعلى المنكر أولى قوله والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق
البائع بأن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقوله أجنبي عن الموكل إذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه
معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف وهذا قول الإمام أبي منصور وهو أظهر قال في الكافي وهو الصحيح

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

○ لما كان شراء العبد
نفسه من مولاه إعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب أن يذكر في
فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين وهو أن يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه
وهو المسألة الأولى وأن يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الأول موكل وفي الثاني
وكيل وكلام المصنف يعمهما ولهذا جعل الألف واللام بدلا من المضاف إليه وجعل المصدر مضافا إلى الفاعل
أو المفعول وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول في توكيل العبد رجلا أو في توكيل العبد رجل والله أعلم
قال وإذا قال العبد لرجل ○ إذا وكل العبد رجلا بأن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم
ودفعها إليه فلا يخلو إما أن يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه أو لم يعينه فإن عينه فباعه المولى على
ذلك فهو حر والولاء للمولى أما أنه حر فلأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال والإعتاق على مال يتوقف
على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لأن شراء العبد بنفسه قبول منه للعتق ببدل والمأمور سفير
حيث أضاف العقد إلى موكله والحقوق لم ترجع إليه فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه وأما أن
الولاء للمولى فلأنه إذا كان إعتاقا أعقب الولاء للمعتق وإن لم يعينه فللمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة
والحقيقة يجب العمل بها مهما أمكن وقد أمكن إذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة فإن قيل لا نسلم أن
العمل بالحقيقة ممكن لأنه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي بخلاف
شراء العبد نفسه فإن الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى
لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف أخرى ثمنا للعبد فإنه أي الثمن في ذمة المشتري لأن الأداء لم يصح
قال في النهاية وهذا الظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشتري وأما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل
يجب على العبد ألف أخرى قال الإمام قاضي خان في الجامع الصغير وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه
للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصلح
بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المصنف ما يشير إليه فإنه جعل شراء نفسه قبول الإعتاق ببدل فلو لم يجب عليه
ألف أخرى كان إعتاقا بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني إذا وكل أجنبي رجلا
أجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل أن يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لو وقع الشراء للموكل

للمولى فهو عندهم

لان العقد بين يعني الذي يقع له و الذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله بتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ وربما يتضرر به والاخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف عتى بكاد فاستعمل استعمالها **وقوله** ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان الصك يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع ووجهه ان توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الامر ولا يرجع اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل **قال** ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك • هذه هي المسألة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد او العبد للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها للمولاة حتى لو اقر بها لغيره لم يصح ولم عبارة ملازمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيل بغيره من اموال المولى او كتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي حاضرة لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه لم يقبض للموكل حيث يثبت للوكيل حق الحبس عند ابا العدم الاحتراز اجيب بان كونه مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا ينفك تسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى الامر يتحقق الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الامر فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الامر فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا **وقوله** ففعل فهو للامر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو على خبر توكيل بشيء و فعله بخالف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل انما تعتد للملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن الطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد تكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن وان اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له ان يشتري نفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف اخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني

نفسي مني ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عما باشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم تمنعه قرينة المجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة وقد رضي المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال لعل هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ • والله اعلم

فصل في البيع

لما فرغ من بيان الشراء باحكامه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر التقديم الشراء ثم فهو وجه تاخير البيع **قال** والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده • اذا وكل تخصيصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا يقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا يقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز لذلك وبغبن يسير لذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند ابي حنيفة في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما **قوله** لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون اخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث حل للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جارية مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل له وطء جارية ابيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة بقية واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق في اكساب المكاتب حتى لا يملك تزويج عبده ويتقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابي حنيفة في بيع المضارب من هو لا بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع ان له قبل ظهوره حكم الوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عري عنها غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فبين ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل **قال** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض • الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند ابي حنيفة

تجويزه

وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف عرفا إذ التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بأيام الصيف وبالأضحية بأيام النحر أو قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والأب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لأنه من حيث إن فيه إخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولأن المطلق ينصرف إلى الكامل ولأبي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا أن التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على إطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع **قوله** والبيع بالغبن يبذل في الجواب يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن أو بالعين أي العرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رابحة أو لغيرها وعند التبرم من العين وعند ذلك لا يبالي بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لأحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون ذا احتمال ما يدعيه الخصم فيدفع نزاعه أو يظهر مكابرته والمسائل المذكورة ممنوعة عن أبي يوسف على ذلك الوجه وأما عند أبي حنيفة فهي على الإطلاق والبيع بالغبن أو العين بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن أو العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بأنه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر وأجيب بأن التوكيل بشراء اللحم إنما يقع على لحم يباع في الأسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا أن العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب كذلك وأما البيع بالعين فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا أما حقيقة فظاهر وأما عرفا فيقال البيع رابح وبيع خاسر فإن كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الأب والوصي أجاب بقوله غير أن الأب والوصي لا يملكانه ومعناه قيل لو إن كلامنا في الأمر المطلق بالبيع وهما ليسا مأمورين سلمناه لكن ليس أمرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في أول البيوع فكلما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل ويجوز أن يقال البيع في الحقيقة عبارة عن إخراج ملكه متوسلا به إلى تحصيل ملك غيره متوسلا إليه بإخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع ماليين باعتبارين يصدق كل منهما بإطلاق لفظ خصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل إذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فبماذا رجح أبو حنيفة جانب البيع وما قيل إذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب أن لا يجوز المقايضة إلا إذا كان مقابلة من العرض مثله في القيمة أو بأقل منه يسيرا كما روى الحسن عن أبي حنيفة وذلك لأن الموكل أطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له أن يبيع بما عز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فإنه لا يجوز له أن يبيع بالأقل أصلا لأن موكله لا يملك ذلك بالنقد فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة بحمد المتصدي لتلفيقه إن شاء الله تعالى **قال** والوكيل بالشراء يجوز عقده • الوكيل بالشراء يجوز له أن يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لأن التهمة محققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه أو قد وجده خاسرا ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه وأراد بقوله قالوا عامة المشايخ فإن بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير أيضا وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه

التهمة

التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابلة مما يتغابن فيه قال شيخ الإسلام هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فأما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فإذا زاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وإن قلت الزيادة كالفلس مثلا لأن هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين إذ لا حاجة فيه إلى التقويم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش ويباعده سوق الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده فإذا كان إلى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وإن زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الأول كثير وفي الآخر قليل وفي الأوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل أصلا والدرهم ما لا يحتمل لأجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما أكثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة وكان يسيرا وما وقوعه بعد ذلك بحسب الواقع فما كان أقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه والله أعلم

قال وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه • وإذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على إطلاقه واستوضح بقوله ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فإذا باع النصف أولى وقالا لا يجوز لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإن لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل اتفاقي التوكيل بالبيع والفرق لأبي حنيفة أن التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه إلى آخره وفرق آخر أن الأمر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق فيملك بيع العبد كله أو نصفه وأما الأمر بالشراء فإنه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق أي إطلاق الأمر وتقييده فيعتبر فيه العرف والعرف أن يشتري العبد جملة ولقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن لا يصح التوكيل بالشراء لأن التوكيل بالشراء أمر بالشراء وقد قال الأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب أن القياس يقتضي ذلك ولكنه صح لحديث حكيم بن حزام فإن النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الأضحية وإذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه إلى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الإمكان ولو عملنا بإطلاقه كان ذلك إبطالا للقياس والعرف من كل وجه والإعمال ولو بوجه أولى

قال ومن أمر رجلا ببيع عبده • ومن أمر رجلا أن يبيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فإما أن يكون ذلك بقضاء أو بغيره فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لم يكن فإن لم يكن فإما أن يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع أو لم يكن فإن كان لا يحتاج إلى حجة من بينة أو نكول أو إقرار لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد إليها وإن لم يكن فلا بد منها إلا للقضاء لأنه إذا لم يعاين البيع قد يشتبه بالهبة إليها لظهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا كالعور في الفرج والمرض الدق فيحتاج إلى النساء والأطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج إلى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج إلى رد وخصومة لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وإن كان بعيب يحدث مثله فإن رده ببينة أو بإباء يمين فكذلك لأن البينة حجة مطلقة أي كاملة فيتعدى والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن

علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه او الانكار حتى تعرض عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم آمره وعنه عنه بالبايع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته وكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبايع اي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقرار لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للمأمور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم ما بينهما الذي عدم الفصل **قال** ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد اذا اختلف الآمر والمأمور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بما لي او في مالي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة وكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر ان الثاني مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارف عند التجار لتلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في مسألة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوي المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان ياخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وان لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة يوثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن ووضع عنده ولم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

فصل

وجه تاخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين

كان

كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن تلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف **قوله** والبدل وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز ان يتصرف احدهما ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمالهما في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل ان يزيد الثمن ويختاران من هو احسن اداء للثمن **قوله** الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء قوله والرأي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل راضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك **قوله** او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وابى الآخر ان يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكلهما برد الوديعة او بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مأمور بقبض شيء منه **قوله** وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا ينفرد احدهما على التصرف في ملك الآخر فلا ينبغي ان لا ينفرد احدهما على نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع تولية ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيهما فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فكان معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما او يقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا الى رأيهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به ● وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه مفوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين والاحاطة التعليل به تجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول وايضا الرضى براي الوكيل وتوكيله بناقص لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او قوته في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برأيه مما لا يمتحن ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للقوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فتوكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز قوله الا ان ياذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره او اطلق

فان قيل

التفويض الى رايه وذلك يدل على تفاوته مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كاجازة تصرفه واذا اجاز
في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت
الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض
اليه ذلك الى اخر ما ذكرناه فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور
الراي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره
في الذخيرة فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني
بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكره في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع
اخر منها وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز وحكي عن الكرخي
انه كان يقول ليس في المسألة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول
على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى ذلك ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح
لعدم الاذن به صار كالعدم وصار الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل
في المسألتين روايتين ووجه عدم الجواز ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الراي وهو حاصل
عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد فانه قال
والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله
فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الراي وقد حضر كما ذكرنا
وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الفرق
ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل
الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن
سكوته رضى لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع
والله اعلم بالصواب **قوله** وتكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون
لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم
العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني
كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل او الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني
وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لفوات رايه الا ان يبلغه فيجيزه كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه
لحضور رايه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقده بغيبته جاز لان الراي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا
وقد حصل التقدير الثمن وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان
الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل
وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه
اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة
واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير
في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدى في
تحصيل الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح للزيادة والربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول
فبعد ذلك لا يبالي بمباشرة الاخر عنه في مجرد العبارة **قال** واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي
ابنته ● اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني
تصرف في مالها بالبيع والشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه

اشترى

اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر
والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي
الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها ولاية نظرية وهي تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق
معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد
والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستأمنا لان الذمي صار
منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي
فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده
بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية وذلك اي الولاية النظرية بتأويل المذكور او باعتبار
ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو الوجود لانه يجبر
عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فيبطل عقوده وان اسلم صار كانه لم يزل مسلما فنفذ
ولما كان ابو يوسف ومحمد تركا اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال ابو يوسف
ومحمد وان كانت المسألة بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في
ذمته وذلك في الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور
قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض ● الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا
لزفر هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض خصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض
فعل حسي ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تنتهي
الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات لعارض من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس
وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ومشايخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء والوكالة في
التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فهو ظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره ولا
يرضى بامانته وقبضه وفيه نظر لان الدلالة قد وجدت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب
الا به فهو واجب ونظير هذا التوكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا
يقال تقاضيته ديني وتقاضيت بديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان
الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز
متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام
في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء فافتوا على العرف فلا يملك القبض وان
وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن
بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته
قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة ● والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند
ابي حنيفة فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما
ولا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه وكيل بالقبض والخصومة غير القبض فلا يكون
وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضا
به رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتمليك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه
وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه بلا امتناع قضاء ديون لا يجوز

الا بشهادتهما والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل بقبض
مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل، والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد
والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا اقامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة بطل
والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع
يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطلب حقوق العقد وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم
مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع كانه اذا
اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض
اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك
كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء، قوله وهذه اشارة الى ما اشرنا اليه
مما يتم به دليل ابي حنيفة وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق **قال** والوكيل بقبض
العين لا يكون وكيلا بالخصومة ، والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين
محض حيث لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض
عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه وقف العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي
اليد في القياس لانها قامت لا على الخصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الامر لانه لقيامه مقام
الموكل في القبض خصم في قصر يده فيقتصر حتى لو حضر الغائب تعاد البينة وصار كما اذا اقامها على انه عزله
عن ذلك تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل بنقل المراة الى زوجها نقلها اليه والوكيل
بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المراة البينة على ان زوجها طلقها والعبد والامة على العتاق او
من هما بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على الخصم وفي الاستحسان تقبل في قصر
يد الوكيل دون القضاء بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن ضرورة ذلك
قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على موكله ولكنه خصم في قصر يده وليس من
ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره **قال** واذا اقر الوكيل
بالخصومة على موكله ، واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء
الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد الا
انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على
ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا
وقال زفر والشافعي وهو قول محمد ابي يوسف اولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما شمول
الجواز كما هو مذهب ابي يوسف واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره
استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة
لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا
استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة
لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه
لو لم يتناوله لما صح الاستثناء **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة قال في النهاية
هي مسالة مبتداة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف
كذا في المختلفات البرهانية ووجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل
قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم بيع

الخمر

الخمر فقد ذكرنا ما تقدم فيه وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان
محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف
الى المطلق مجازا على ما سياتي تحريا للصحة قطعا **قوله** ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهد
زفر ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء ولا يصح قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثناء لان ما ملكه يستلزم
بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر انفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد لكنه انما يصح لتنصيصه
على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان
يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء الانكار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم
على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فصل
بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية اي على الاقرار
لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على
الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل قد توجه اليمين بخلاف اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد
استثناء الاقرار فائدته ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه
الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض
عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال
فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل
بالخصومة لانه ليس بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح
والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان
فينبغي ان يجوز الاستعارة والاولى ان يقول التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا
ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد اخر يحتاج الى عبارة اخرى خلافا لما وضع للجواب وكذلك الابراء
فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا **قوله** فبعد ذلك شروع في بيان ماخذ
الاختلاف الواقع بين العلماء الثلثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز
اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف في التسوية بين مجلس القاضي وغيره الوكيل قائم مقام الموكل
واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي وكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى
خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجازا الا في مجلس القضاء فما كان
منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه
جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به اما
انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير
انه لا يصلح مجوزا شرعيا او لان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي بنظير
الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق والمستحق
هو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اولى
تاديه للمقصود قوله لكن استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير
مجلس القاضي ليس بجواب كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه انه اذا ثبت انه اقر
عند غير القاضي خرج عن الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في
مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان
اقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعي

وعليه فكذلك ههنا. قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم
لم يكن وكيلا في ذلك أبدا لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها أما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما لم يكن كر لم
تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فأجازه بعد ما بلغه فإنها لا تجوز لأنها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب
صحيحة وأما قبل البراءة فلأن الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه
في ابراء ذمته كالمحال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فإنه لا يصير وكيلا قلنا ولو نقض بتوكيل المديون
بابراء نفسه عما عليه من الدين فإنه صحيح وإن كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير وأجيب بالمنع
مستندا الى ذكر شيخ الاسلام أن المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه
لكن الابراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بأن عمل الوكيل ضمني لكون الموكل
أصلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر وأجيب بأنا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فإن
قيل فلتنسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة فإنها تنسخها قال المحبوبي في الصغير الوكيل بقبض الدين
اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان ويبطل الوكالة فالجواب أن الناسخ يجب أن يكون أقوى من المنسوخ أو مثله ما
والوكالة دون الكفالة لأن الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الكفالة الوكالة فلا يجوز
أن تكون الوكالة ناسخة للكفالة وإن جاز عكسه. **قوله** ولأن قبول قوله دليل آخر وتقريره أن الوكالة
يستلزم قبول قوله لكونه أمينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبريا نفسه وانتفاء
اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو منعدم ونظير بطلان الوكالة
فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله
الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا أن الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا
لقيمته كان في مقدارها عاملا لنفسه لأنه يبرئ به نفسه فيكون التوكيل باطلا. **قال** ومن ادعى أنه وكيل
الغائب في قبض دينه. ومن ادعى أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه
لأنه أقر على نفسه لأن ما يقضيه الغريم خالص حقه لأن الديون تقضى بأمثالها فما أداه المديون مثل مال الدائن
المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه الى المقر له فان حضر
الغائب فصدقه فيها وإلا دفع الغريم اليه ثانيا لأنه اذا أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لأن القول في ذلك قوله
لأن الدين كان ثابتا والمديون يدعي أمرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة
والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فيبقى الأداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا
ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقض وان ضاع
في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه مظلوم في هذا الأخذ يعني الأخذ الثاني والمظلوم لا يظلم
غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي أن لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية أيضا فالجواب أن العين اذا كانت
باقية أمكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم وأما اذا هلك فلم يمكن نقضه فلم
يرجع عليه. **قوله** الا أن يكون ضمنه استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان
ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بأن قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو أخذ الطالب
مني ماله أرجع عليك بما دفعته اليك أو ضمن الوكيل المديون وقال أنا ضامن لك ان أخذ منك الطالب ثانيا
أرد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل حينئذ لأن المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين
في زعم الوكيل والمديون لأنه غاصب في حقهما فيما يقبضه ثانيا فكأنه قال أنا ضامن لك ما يقبضه منك
فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه أي
يذوب في كون كل واحد منهما كفالة أضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم

يصدقه

لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه أيضا لأن فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا أو دفعه اليه على ادعائه
فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة
فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا أي جواز الرجوع
في صورة التكذيب أظهر منه في الصورتين الأوليين وهو التصديق مع التضمين والسكوت لأنه اذا كذبه صار
الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب. وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الأظهرية. وفي الوجوه أي الأربعة المذكورة
دفعه مع التصديق بلا من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب
ودفعه مع التكذيب ليس للغريم أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا
وهو في حالة التصديق أو محتملا وهو في حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة أو محتملا
ان كان فاسقا أو مستور الحال فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة فإنه لم يملك الاسترداد
لاحتمال الاجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن حصول غرضه لأن سعي الانسان
في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف أن الغريم اذا أنكر الوكالة هل يستحلف أو لا قال
الخصاف لا يحلف على قول أبي حنيفة ويحلف على قولهما لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف لكنه
على العلم لأنه على فعل الغير وله أن الاستحلاف يبتنى على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الآمر لم يصح دعواه
فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا أقر بالوكالة وأنكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على
أن الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة وقد ثبتت الوكالة في حقه باقراره. ومن قال اني وكيل
بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لأنه اقرار بمال الغير بحق القبض فإنه أقر ببقاء الوديعة
على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها
فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وأنكر الوكالة وحلف
على ذلك ضمن المودع فهل للمودع الرجوع أو لا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا فلا
يرجع وان صدقه وضمنه أو سكت أو كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم تكن العين في يده باقية وان كانت
باقية أخذها لأنه ملكها بالضمان وأما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر. ولو ادعى أنه
مات أبوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه لأنه لا يبقى
لأن مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله و
بكونه حالا كما في كلمته فالى في اي منافيها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته
منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر وتماوكاله وتبعه غيره من الشارحين وأرى أنه ضعيف لأن
الحال مقيدة للعامل فكلمة يجوز أن يكون مقيدا بالمنافية وأما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه
مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على أنه فاعل لا يبقى أي لأن المودع
لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفقا على أنه مال الوارث فلا بد من الدفع اليه. ولو ادعى
أنه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لأن المودع ما دام حيا كان
في الوكلاء ولأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة أما نصا فهو ظاهر وأما دلالة فلأن الانسان
قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بأمانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت
بما ذكرنا أن الايتمان الواجب إلا به فهو واجب ونظير هذا التوكيل بالتقاضي فإنه يملك القبض على
أصل الرواية لأنه في معناه وضعا يقال تقاضيته ديني وتقاضيت ديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي
أي أخذته الا أن العرف بخلافه لأن الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع

وفيه نظر لان للقبضة مستعملة والجار متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل
الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلا
قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلا بالخصومة لا يقبض الا معا لانه كان اقرار المودع اقرارا
بملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق كان في دعوى البيع عليه وللقايل ان يقول قد تقدم هاتان المسألتان
في فصل القضا بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بان ذكرهما هنالك باعتبار القضا وهاهنا
باعتبار الدعوى ولهذا اصدرهما هاهنا فقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف
لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة **قال** فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر
في الجامع الصغير عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بقبض ذلك المال
واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع
رب المال فاستحلفه قال المصنف لان الوكالة قد ثبتت بالبينة لان وضع المسألة كذلك والاستيفاء
لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى ان يحلف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه
فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نايب والنيابة لا تجري في الايمان
وقال زفر احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته
فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة ولا يجري
في الايمان بخلاف الوارث يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين
بالاصالة **قال** وان وكله بعيب في جارية • اذا وكل رجلا برد جارية بعيب فادعى البايع رضى المشتري بالعيب
لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف ما مر من مسألة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه
الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكول الموكل واما هاهنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضا والقضا بالفسخ ماض
على الصحة عند ابي حنيفة لان القضا في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطا بالنكول وعلى
هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا معنى الفسخ ولا رد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فايدة واعترض
بان الوكيل اذا ردها على البايع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البايع
لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البايع ولو كان القضا ماضيا على الصحة لم
يرد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول ابي حنيفة فلا سبيل للامر على الجارية
سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض هاهنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهي رضى الامر
بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الاخرة على وجود الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضا
باطنا كما قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما عندهما فقد قالوا يجب ان يتحد
الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم
وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان عدم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك
ممكنا عند ظهور الخطا وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك ينفذ ظاهرا لا
باطنا فاذا ظهر الخطا عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح
عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبايع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى
البايع فينتظر للنظر له ان كان غايبا **قال** ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها • ومن دفع الى
آخر عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة التي انفقها من ماله بمقابلة
العشرة التي اخذها من الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل
بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة

بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه
انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا اي ما ذكرناه من الوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بالشراء ما يحتاج
اليه الاهل قد يضطر الى شراء شي يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج ان يؤدي
ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز للاستبدال وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا
فيما انفق ويرد الدراهم الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات
حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل
القياس والاستحسان في قضاء الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع
الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد المامور ان يحبس الالف التي
دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشرا
فلا يكون الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه
متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالانفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين
الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الامر فكان راضيا بثبوت
الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا

باب دعوى الوكالة

وجه تاخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب
او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور او لا وان كان للمطلوب فان
لم يكن بطلب من جهة الطالب او ممن يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان
لم يعلم فكذلك لانه لا انعقاد للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم
ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل
حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى ومع حضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه
الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه
قال لما فيه من ابطال حق الغير وهاهنا لا ابطال كما ذكرناه فقوله فصار كالتوكيل من جهة المطلوب اذا كان
بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل وشرط في الرهن ان
يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا
للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن
ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جايزا واما في مسألة
الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن يبطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب الراهن بالبيع **قال**
وان لم يبلغه العزل فهو على وكالته • فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جايز حتى
يعلم لان في عزله اضرارا به من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته لان الوكيل متصرف على ادعاء ان له ولاية
ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني
من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا
كان معزولا كان التصرف وافعاله بعد العزل فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه
الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر في فصل القضا بالمواريث في كتاب ادب القاضي
فلا يحتاج الى الاعادة **قال** وتبطل الوكالة بموت الموكل • قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان
يعزل الوكيل من غير توقف على رضى احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول تبطل الوكالة
بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فالدوام عبارة عما

يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد بفسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه
عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل منها وكل تصرف غير لازم فلدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه
في كل لحظة فصار كانه يجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان لكل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولانه
في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا يبقى الوكالة من هؤلاء كما لم ينعقد
منهم ابتداء او نوقض بالبيع الجائز فانه غير لازم ويتقرر بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه
لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل وفي الثاني لا يبطل فلا يبطل في صورة
تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل امر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير
به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم نقضا الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه
والجنون المطبق يثبت للبلوغ هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا يبطل به الوكالة وحد
المطبق شهر عند ابي يوسف وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر
من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد اخرا حول كامل لانه
يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات
المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت
فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق
وقد مر في السير اي كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امرأة فارتدت
فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل ما خلا التوكيل بالتزويج
فان ردتها تخرج الوكيل من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل ثبتت الوكالة في الحال ثم بردتها
تخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها للوكيل فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد
قال واذا وكل المكاتب ثم عجز ه واذا وكل المكاتب ثم عجز او العبد المأذون له ثم حجر عليه وكالة
التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل احد الشريكين ثالثا في شيء مما وكله
فافترقا فكذلك لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم
وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واما اذا وكل المكاتب او
المأذون له بقضاء الدين او التقاضي فانها لا تبطل بالحجر والعجز لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية
مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما وكله ابتداء
بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا في شيء هو وليه ثم افترقا فاذا فسخا
واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال
بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط
ولقائل ان يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا
وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا ففسخ الشركة لم يبطل الاخرى وهي مستندة
الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه
شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا يبيع شيء من شركتهما
جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح
فانه قد لا يحصل بتصرف واحد حصوله باثنين وكلام المصنف ساكت عن التفصيل في المسألتين جميعا كما ترى فيه
ما فيه وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن
عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فيبطل ما كانت في ضمنها هذا على تقدير صحة عقد

بمسئلة

بمسئلة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب **قال** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا ه لما فرغ من
العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت
الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا
به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له ان يتصرف
فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال المصنف هذا عند محمد فاما عند ابي يوسف فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما
لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله
رفع المانع واما ان يحدث فيه اهلية وولاية وليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد
في ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عوده من هذا العارض وانما عجز الوكيل
عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة
ومخلصه معروف ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان
الوكيل انما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك وولاية التنفيذ ملصق بالملك
لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات
فصار كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل ولا تخلف العلة عن المعلول
واذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وام الولد واشار بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة فيما اذا قضى
القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا بقي الكلام في قوله لان ولاية
اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف
فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية
لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما
بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد انها تعود كما في الوكيل لان
الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على
وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته
والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفي حق الوكيل
على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند
عروض العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا جوز ذكرها في هذا الموضع **قال**
ومن وكل اخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ه ومن وكل اخر بشيء من الاثباتات او الاسقاطات ثم تصرف
فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله
بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف
ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه
بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للامر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة
وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلثا او واحدة وانقضت عدتها
لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما
دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا
اذا وكل بالخلع فخالعها **قوله** لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء
فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء
قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد

المشترك إلى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كأن الموكل اشتراها ابتداء
وقال محمد له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه إطلاق وهو باق والامتناع كان
لحق الموكل وقد زال بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب لأن الموكل
مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة أما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال
الحاجة فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له أن يبيعه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لأجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة
وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم
وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات
لأن المدعى إما أن يكون راجعا إلى النوع أو الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى وكونه
ملزما على الخصم فإن ادعى على غائب لم يسمع وكذا إن كان المدعى مجهولا لعدم إمكان القضاء وإن ادعى
أنه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لإمكان عزله في الحال وحكمها الصحيحة منها وجوب الجواب على
الخصم بالنفي أو الإثبات وشرعيتها لبقاء العالم من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المطلوب بقاؤه
بقاؤها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة **قال** المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا
تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة. الدعوى لا تحصل إلا من مدع على مدعى عليه فمعرفة
الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي
واليمين على من أنكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني القدوري
المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل
المدعي من لا يستحق إلا بحجة يعني البينة أو الإقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة
كذي اليد وهو ليس بعام أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لأن
المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر
وبمعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا لم يزل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا
وقرار الشيء على هيئته والظاهر كون الأملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعي هو من يريد إزالة
الظاهر والمدعى عليه من يريد قراره على ما كان ولعله منقوض بالمودع فإنه مدعى عليه وليس يتمسك
بالظاهر إذ رد الوديعة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا إذا ادعى
المديون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لأن المديون
يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع ويتمسك بالظاهر
وهو عدم الضمان قال محمد في الأصل المدعى عليه هو المنكر وهذا أصح لما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم
اليمين على من أنكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن الشأن في معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق
من أصحابنا يعني إذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لأحدهما على الأخرى يكون بالفقه أي باعتبار المعنى
دون الصورة فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فهو يدعي الرد صورة فلو أقام على ذلك بينة
قبلت والقول قوله مع يمينه أيضا فكان مدعى عليه فإذا أقام البينة اعتبر الصورة وإذا عجز عنها اعتبر
معناها فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر بيمينه **قال** ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما
في جنسه وقدره. قد ذكرنا أن معلومية المدعي شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من بيان
جنسه كالفضة والذهب والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما أو دينارا أو كذا قفيزا وفائدة
الدعوى الإلزام بإقامة الحجة والإلزام في المجهول غير متحقق فإن كان المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف

إحضارها إلى مجلس الحكم للإشارة إليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وإنما
يحصل ذلك في المنقول بالإشارة أبلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الأوصاف فإن
الاشتراك فيها ممكن فإذا أحضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما فلا يحضره إليه لأن الصحابة
فعلوا ذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من أولهم إلى آخرهم أي أجمعوا والأصل
فيه قوله تعالى وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون إلى قوله بل أولئك هم
الظالمون ثم أعاد ظالمين لإعراضهم عند الطلب فإذا حضر وجب عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار ليفيد حضوره
ولزم عليه إحضار المدعي لما قلنا من الإشارة ولزم عليه اليمين إذا أنكره وعجز المدعي عن إقامة
البينة وسنذكره أي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب **قال** وإن لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها
يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لأن ذكر
الوصف ليس بكاف لأن العين لا تعرف بالوصف وإن بولغ فيه لإمكان المشاركة فيه كما مر فذكره في نفسه
غير مفيد والقيمة شيء تعرف بالوصف يعني في الحال أن المشاهدة تعذرت وإغلاق تركيبه لا يخفى قال الفقيه
أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة بناء على أن القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء
بملك المستهلك عند أبي حنيفة لأن المالك قد يبرئ العين المستهلكة عنده فإنه صح الصلح عن المغصوب على أكثر
من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له ما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب
وهي دين في الذمة والصلح على أكثر من جنس الدين لا يجوز وإذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى
ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الأنوثة والذكورة ومن المشايخ من أبى ذلك لأن المقصود في دعوى
الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة **قال** فإذا ادعى عقارا حدده إذا
كان المدعي عقارا فلا بد من ثلاثة أشياء تحديده وذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به أما
الأول فللإعلام بأقصى ما يمكن فيه وذلك إنما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم يذكر حدوده
لأنه لما تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل صير إلى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود
وأنسابهم إلا إذا كان معروفا مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى فإنه يستغنى عن ذكرهما ولا بد من ذكر
الجد لأن التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا
خلافا لزفر لوجود الأكثر ومن هذا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما إذا غلط في الحد الرابع وإن
في الكتاب باعتبار الجهة لأنه يختلف به أي بالغلط في الحد المدعي ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان
بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جازت ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهم لأنه صار عقدا آخر بالغلط
وبهذا الجواب يبطل قياس زفر الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة
وأما الثاني فلا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق
المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في يده حتى لو تواضعا
ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لاختلاف الشهادة على اليد من ذلك أو يعلم القاضي أنه في يده نفيا
لتهمة المواضعة لأن العقار قد يكون في غيرهما وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار
في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء
بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فإن اليد فيه
مشاهدة وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه وفي عبارته تسامح لأنه يؤول إلى تقدير ولا بد
من طلب المطالب فتأمل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب
حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات

وعن هذا التيت هذا الاجمال قال المشايخ في المنقول يجب أن يكون ان يقول وهو في يده وبغير حق لان العين
في يدي ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان المدعي حقا في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه به لما قلنا يعني
قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد
من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديا
او وسطا ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك وفي الجملة لا بد
في كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن فيه التعريف **قال** واذا صحت الدعوى. اذا صحت الدعوى
بشرائطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون امرا بالخروج عما
لزمه بالحجة او تصيير ما هو بعرضية ان تصير حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان
الاول فالحكم فيه ان يامره بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان
على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان كان الثاني
فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية ان تصير حجة اذا قضى القاضي
بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذا لا بد من السؤال لينكشف له احد الوجهين فاذا سال فان
اعترف به امره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك
يمينه سال صلى الله عليه وسلم ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى
لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله عليه السلام
لك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه
قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى
ان كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتوى بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان
كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا ثم انما رتبت اليمين على البينة لا على
العكس ثم انما رتبت اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه
لان فيه اساءة الظن بالاخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها قطعا له الفائدة
بذلك لا وجه للالزام عليه بل هي على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذ اقامة
البينة مشروعة بعد اليمين من الحالف فاقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر ووجه
ذلك ان الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان اليمين
بعدها ليست بمشروعة

باب اليمين

لما ذكرنا حكم اذا انكر
الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين
قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة. اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه
لم يستحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام
لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا
من قوله عليه السلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعدما عجز المدعي عن البينة
فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي
حنيفة فيما ذكره الطحاوي ولا ترد اليمين على المدعي لانه صلى الله عليه وسلم قسم بين الخصمين فجعل البينة على
المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه **قوله** وجعل
جنس الايمان على المنكرين في قوله عليه السلام واليمين على من انكر وليس وراء الجنس شيء [illegible]
بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسياتي **قال** ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق. ولا تقبل

بينة

ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق
احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعى ما يتلقى الملك من واحد واحدهما قابض
وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد
بالاجماع فان قيل ما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم
لانه مدع لما من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع
والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين
انما تجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة
الخارج اولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لانها
اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار كما اذا اقاماها على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاماها
على نكاح والاحد فهما يد فانه يقضي لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل
اقام الخارج البينة انه عبده ما اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى
من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني
في علم القاضي او اظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد
لا تثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة
الخارج فانها تثبت الملك او تظهره وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لانه ما شرعت البينات الا لاجله
فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها
ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون
الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس اولى
من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة
من البينتين للاثبات فترجح احدهما باليد فان قيل كان الواجب ان تكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا
لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج لا توجب الا اولية الملك
وفيما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضي له قوله وكذا على الاعتاق اي اليد لا تدل على الاعتاق
والاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد قوله وعلى
الولاء الثابت بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق واختيه تدلان على
الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد على يده **قال**
واذا نكل المدعى عليه عن اليمين. واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه
عليه وقال الشافعي لا يقضي به بل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول
المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا
ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان
النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين
اقامة للواجب لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا
للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما
يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى
قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فالقضاء بالنكول مخالفه وقال صلى
الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء

لكون الظاهر شاهدا له فبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فتعود اليمين الى جانب المدعي ولهذا ابدانا
في اللعان بالايمان من جانب الزوج لتأيده بالظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا
واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضا بالنكول لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي
الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك وما روي عن علي رضي الله
عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك وروي عن شريح ان المنكر طلب منه
رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي فقال له علي قالون وهو بلغة
اهل الروم اصبت واذا ثبت بالاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة
باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال
لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي ليكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمناه قوله
ولا ترد اليمين على المدعي **قال** وينبغي للقاضي ان يقول له . وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى
عليه اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه
بالحكم اذ هو موضع الخفا لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى
من توهم الكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه لما مر غير مرة ثم العرض ثلث مرات اولى ليس بشرط لجواز
القضا بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد العرض مرة جاز لما قدمنا ان النكول بذل او اقرار وليس
التكرار بشرط في شيء منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال
المرتد ثلثة ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح **وقوله** هو الصحيح احتراز عما قيل
لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البدل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان
يقول له القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك
ثانيا فان نكل يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى
المدعي **قال** واذا كانت الدعوى نكاحا . اذا ادعى رجل على امراة انه تزوجها وانكرت او
بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء
مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك
او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او والده او ادعت
على مولاها انها ولدت منه وهذا لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد
باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج
او ادعى على رجل ما يوجب الحد وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة وقالا يستحلف في ذلك
كله الا في الحدود واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمنا
يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل
الثواب باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلو
هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا انه
اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة وبما لا يندري بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى
الحدود فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم
وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر
لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة
الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو اقر لزم الوكيل الثالث ما ذكره

في المبسوط

في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن
اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به والجواب ان النكول اما اقرار او
بذل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بذلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة
وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم ينقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن
الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا
منه ومثل هذا ابتني على النظر تعين المدعي ولابي حنيفة ان النكول بذل وبه قطع الخصومة بدفع ما يدعيه
الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار والحصول المقصود به لكن
الاقرار بالدلالة اولى بالاعتبار كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا
حر وهذا الرجل يؤذيني بدعواه وقد دفعت اليه نفسي ان يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا الذي يدعي
نسبي او قالت انا لست بامراته لكن دفعت اليه نفسي وابحت له الانتفاع لا يصح وعليه نقوض الاول
انه لو كان بذلا لما صح شيئا اذا استحق ما ادى بقضا كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يغرم
شيئا ولكن المدعي يرجع الى الخصومة الدعوى الثاني لو كان بذلا لكان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح
الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد
الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لانه بذله باطل الخامس يقضى بالقصاص في الاطراف
بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان بدل الصلح وجب بالعقد
فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى واما ههنا فالمدعي يقول انا اخذ هذا بازاء ما
وجب لي في ذمته بالقضا فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع
بل هو صحيح كما في الحوالة وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم
الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل
من الماذون بما دخل تحت الاذن كاهداء الماكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم
ان البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها اكلة لم يأثم بقطعها
ويباح فيه النكول مفيدا لانه يحترز به عن اليمين ولم يبح والانبه الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة ترك الحديث
المشهور قوله صلى الله عليه واليمين على من انكر بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم ينف وجوب اليمين
فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها وهو القضا بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب
عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود **قوله** وفائدة الاستحلاف لان فائدة
القضا بالنكول والنكول بذل والبذل لا يجري فيها فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله الا ان هذا بذل
جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون فيه لان فيه معنى التبرع وهما
لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه انفا انهما يملكان ما لا بد له من التجارة وبذل لهما بالنكول من جملة ذلك
وقوله وصحته في الدين جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة
والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القابض
او من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع ثمة لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثاني
فالمراد به ههنا اي في الدين ترك المنع وجاز له ان يترك المنع فان قيل فهلا جعل في الاشيا
السبعة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجري فيها الاباحة بخلاف تلك
الاشيا فان امرها ليس بهين حيث لا يجري فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله الا ان
هذا البذل لدفع الخصومة غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث

من تعريفه وهو قوله لا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لعله أولى **قال** ويستحلف السارق
اذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالبذل
فجاز أن يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال أريد القطع يقول له
القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابحث على دعوى
المال قال المصنف فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله يريد به النكول ثبات الضمان وتعمل النكول فيه
والقطع لا يثبت به فصار كما اذا اتهمه عليهما رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز أن
يراد بقوله بفعله نقل السرقة واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف
المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل
في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت هي تعلم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين أن يكون في كل المهر أو نصفه
وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك
دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب أن يثبت النكاح أيضا لانه يثبت بالشبهات
قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه أخو المدعي
عليه مات أبوهما وترك مالا في يد المدعى عليه أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب
الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في
اللقيط بان كان صبي لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخوته حره تريد بذلك قصر يد الملتقط عنه حضانة
واراد استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم أراد الرجوع فيها فقال الموهوب
له أنت أخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا تثبت الاخوة
قوله لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع أي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز
ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة
دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير وأما المولى والزوج فان دعواهما يصح من الرجل والمرأة
اذ ليس فيه تحميل على أحد يستحلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد • ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس للمدعي بينة يستحلف
المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس أو فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس
القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر أو يحلف عند أبي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة
عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا أقر
بالخطا والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا وأما اذا كان الامتناع
من جانب من له كما اذا أقام على ما ادعى رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضي بشيء لان الحجة قامت
بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها
فان قيل من أين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل وامرأتين
كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة أجيب بان المال ثمة أصل ويتعدى الى القطع واذا لم
يثبت لم يتعد في حق الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو أن يكون
مشروعا بطريق المنة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة
الشهادة لعدم شبهها بالخطا ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس
كالاموال فيجري فيها البذل الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال
البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية

في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح
له ماله اذا قال خذ مالي أجاب بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للاكلة
وقلع السن للوجع لم يأثم بفعله وما نحن فيه من البذل أي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون
مباحا وفيه بحث من وجهين أحدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة
تندفع بالارش وهو أهون فالمصير اليه أولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
في حقوق العباد لاقتصار الحاجة اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله وهو لا
يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص
ولم يتعذر لانه يبذل عنه وظهر مما ذكرنا أن البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس لا
يجوز فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين
يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا **قال** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة • واذا قال المدعي لي بينة
حاضرة في المصر فاما أن يكون المدعى عليه مقيما أو مسافرا فان كان مقيما قيل له اعطه كفيلا عن نفسك
ثلاثة أيام فان فعل والا امر بملازمته أما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم وأما جواز التكفيل فهو
استحسان والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع
عنه يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله وأما التقدير بثلاثة ايام فمروي عن أبي حنيفة من غير فرق بين
الوجيه والخامل والحقير من المال والخطير منه هو الصحيح وروي عن محمد أنه اذا كان معروفا والظاهر انه
لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعي حقيرا لا
يخفي المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه وأما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي
غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الحال محال والغائب
من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة بقدر ان يعقد مجلس القاضي اذ ليس
فيه كبير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر وكيفية الملازمة سنذكر في كتاب الحجر ان شاء الله

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجب هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة
واللامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر ولما
فيه ظاهر وقوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة
مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه
شرعا ولو قضي به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم أعجمي وروي انه صلى الله عليه وسلم رأى قوما
مروا برجل وامرأة يحمر وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال
انشدك اي احلفك بالله الذي أنزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف
اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بلا
دون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال الشافعي اذا كانت اليمين في قسامة
او لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم
وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع ولذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه
ما مر من الحرج على الحاكم **قال** ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد • هذا النوع آخر
من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع
أو لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك

وان لم يتخير يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد وعلى السبب عند ابي يوسف الا اذا عرض المدعى عليه بان يقول
السبب مثل ما يقول عنده قول القاضي احلف بالله ما بعت اتفا فالقاضي الانسان قد يبيع شيئا ثم يقال فيه فحينئذ
يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر
الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم
العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاسترقاق عليه بعد الارتداد
وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه
بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق واذا ادعت المبتوتة النفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة
الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي
فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت عن الطلب ولم يدع
اولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي
ما هو اصل لان الشراء اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم
الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي بائن منك
الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح او بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فالحلف عليه وعند ابي يوسف
يحلف على السبب **قال** ومن ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه • وهذا النوع اخر من كيفية اليمين وهو
اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت
على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او ابق
واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق ما سرق مع انه
على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات وهو قبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع
اذا باع وسلم الى المشتري ثم ان الموكل اقبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير
وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك
فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صورة القبض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها
على الاول ان الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيين
الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبدا وادعاه اخر استحلف على علمه
لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق
لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب
لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع **قال** ومن ادعى على اخر مالا • ومن افتدى
عن يمينه او صالح منها على شيء مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب
يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى وذكر
ان مقداد ابن الاسود رضي الله عنه استقرض من عثمان سبعة الاف درهم ثم قضاه اربعة الاف فترافعا
الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما تقول وليأخذ سبعة الاف
فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان
لعمر انها كانت سبعة الاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون
دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان وعثمان ينكر وبه نقول ثم لما
بطل حقه في اليمين في لفظ الفداء والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا
اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين

ليست

ليست بمال

باب التحالف

راعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه
اشتراه بمائة وادعى البائع انه باعه بمائتين وخمسين او اعترف البائع بان المبيع كر من حنطة وقال المشتري
هو كران فمن اقام البينة قضي له بها لان في جانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على
القاضي ومجرد الدعوى لا توجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات
للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فتثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال
البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة
البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار
قيل هذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين
دينارا وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري
اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فهي لمن لا اتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشتري في الجارية
ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينة على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري
اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع
والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان
فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس
لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره
فكل منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري
لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له في يده فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس الاكتفاء
بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا
وترادا ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم
المشهور او يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية عن ابي حنيفة
وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف اولا انه يبدأ بيمين البائع لان المشتري اشدهما انكارا لكونه اول من يطالب
بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب
بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه اولا ولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو
الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تاخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمن استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول
اولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي يوسف وهو قول زفر لقوله
عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ووجه الاستدلال انه عليه السلام خصه
بالذكر واقل فائدته التقديم يعني انه عليه السلام جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى
بها فلا اقل من البداءة بها وان كان العقد مقايضة او صرفا فايهما بدأ القاضي جاز لاستوائهما والله اعلم
قال وصفة اليمين • ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما اشتراه بالفين وقال
في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد
اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت
للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك
لا ينافي التاكيد فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب
وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت ما يدعي كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه

الحاكم قطعاً للمنازعة أو يقال إذا لم يثبت البدل بقي بيعاً بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائماً فالك في المبسوط حل للمشتري وطي الجارية إذا كانت المبيعة وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلاً لصحة البدل في الأعواض وإذا كان باذلاً لم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض **قال** وإن اختلفا في الأجل • وإذا اختلفا في الأجل في أصله أو في قدره أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع وقال زفر والشافعي يتحالفان لأن الأجل جار مجرى الوصف فإن الثمن يزداد عند زيادة الأجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا أن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لأن التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والأجل وراء ذلك كشرط الخيار في أن العقد يعقد بهما لا محالة فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والإبراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن الجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في وصف الثمن قدره في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف بخلاف الأجل فإنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة وإذا لم يكونا وصفين ولا راجعين إليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لأنه بعد ما به قيام العقد لبقاء ما جعل ثمناً ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفرغاً عنه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوي وإذا اختلفا في مضي الأجل فالقول للمشتري لأن الأجل حقه وهو ينكر استيفاءه **قال** فإن هلك المبيع ثم اختلفا • فإن هلك المبيع في يد المشتري أو خرج عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لأن الدليل الدال على التحالف لا يفصل بين كون السلعة قائمة أو هالكة أما الدليل النقلي فهو قوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة لأنه مذكور على سبيل التنبيه أي تحالفا وإن كانت السلعة قائمة فإن عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال متأت ولا كذلك بعد الهلاك فإذا جرى التحالف مع إمكان التمييز فمع عدمه أولى وأما العقلي فما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فإن قيل قيام بائن لأنه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك أجاب بقوله وأنه يفيد التحالف يعني أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول وإذا حلف البائع انتفت الزيادة المدعاة فكان مفيداً كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق أحدهما بالآخر جمع بين أمرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فاسد الوضع أما الأول فلأن قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لأنه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل إنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس أولى على أنه إما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكوراً على سبيل الشرط وأما الثاني فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى إلى غيره فإن قيل فليكن ملحقاً بالدلالة أجاب بقوله والتحالف فيه أي في حال القيام يفضي إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه إليه ولا كذلك بعد هلاكها ألا ترى أنه لا يفسخ بالإقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الإلحاق

بالدلالة أيضاً **قوله** ولأنه لا يبالي جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة أي سلمنا ذلك لكن لا يفيد ما نحن فيه لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر وههنا ليس كذلك لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعاً وهبة فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود والاختلاف السبب وأجيب عن الأول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بأنه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد **وقوله** وإنما يراعى جواب عن قولهما وأنه يفيد زيادة دفع الثمن ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم ليس منها فإنه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يراعى به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا أي هذا الاختلاف إذا كان الثمن ديناً ثابتاً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فأما إذا كان عيناً بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين فإنهما يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً **قال** وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا • وإذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له واختلافهما في الرواية في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله أن يترك حصة الهالك **وقوله** أن يأخذ الحي ولا شيء له ومن صرف الاستثناء في الروايتين جميعاً قالوا معنى الأول أن يخرج الهالك من العقد فكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف إلى التحالف لأنه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً وعلى هذا عامة مشايخ وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً آخر زائداً على ما أقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير إلى أن أخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو أولى لما قال شيخ الإسلام أنه لو كان بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتهما قيل والصحيح هو الثاني لأن البائع لا يترك من ثمن الميت شيئاً مما أقر به المشتري إنما يترك دعوى الزيادة وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك **وقوله** في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سيأتي وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره والجواب هو الجواب ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى إليه ولا يلحق به بالدلالة لأنه ليس في معناه من كل وجه لأن التحالف في القائم لا يمكن إلا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ويفطر مما ذكرنا أن أحد الدليلين المذكورين في

الثمن لاثبات المدعي بنفي القياس وفيه اشارة الى الجواب عن مسألة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام
بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي
يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند ابي حنيفة ايضا دون
هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا انعدم رضي الباقي واما الاجارة فهي عقود
متفرقة يتجدد بكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر الباقي والثاني
الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد كما ذكرناه ثم تفسير التحالف على قول محمد
ما بيناه في القائم وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الى آخره واما لم يخالف صفة
التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما
او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول
المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على
قول ابي يوسف منهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد يفسخ في القائم لا في الهالك وهذا لا
يصح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع حلف وكان صادقا وكذا
لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف والصحيح انه
يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله
ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم
ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري ويلزمه المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري ولا
يلزمه قيمة الهالك لان القيمة يجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده ويعتبر قيمتهما في
الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم
القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري
ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك
كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري
كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع
لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المدعي المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره
والقول بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام
الثمن ذلك على ذلك مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد
يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين
صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل
اوردته على كل قوم عزيز فلم يهتد الى جوابه ثم قال والذي يختلج بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل
لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن فيه بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار معقودا
بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لكان
الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون
بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه ما هو مذهب محمد حتى قال يغرم المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف
عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما قاله صاحب
النهاية وغيره من الشارحين واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا
وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ وهو مقبوض على جهة الضمان تعذر

تعذر اعتبار قيمته يوم القبض وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون
الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو
الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وباعتباره على قيمته يوم
القبض نظرا الى الانفساخ وايهما اقاما البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع
اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ثم ذكر المصنف ما هو على قياسه من نوع الاصل وهو
ظاهر مما ذكرناه وذكر الفقيه في ان القول فيهما قول البائع والبينة ايضا بينته مع ان المعهود خلاف ذلك
اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا
انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك ان كلا من اليمين والبينة يبنى على امر جاز ان يجتمع مع الآخر اعتبارين
فجاز اجتماعهما كذلك فمبنى الايمان على حقيقة الحال فلا يلزم الاقدام على القسم جهالة ومبنى البينات
على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده
هزلا او تلجئة او غير ذلك واذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بحال نفسه
وان يقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظر
لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال
وهو متفرع على المدعى فان توجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في
الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق ظاهر عند المحصلين **قوله** وهذا اي
ما ذكر في الاصل يبين معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة
الجامع الصغير **قال** ومن اشترى جارية ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها ثم تقايلا
ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع
في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي
لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله
ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا يدخل تحته
وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسألة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر
ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض
والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير
المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام
العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء
العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي
حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل
واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض
قال ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا السلم ثم اختلفا
في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب
السلم لا تحتمله لكونه فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها
تحتمل الفسخ فيعود المبيع عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا ترى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده
بالعيب يعني بقضاء القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا تبطل الاقالة ولا يعود السلم ولو
كان ذلك في بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من رأس

المال وهو بكر وأما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لأن المسلم فيه قد سقط بالإقالة قبل المعقود عليه فيه فإن قيل في إقالة السلم وفيما إذا هلكت السلعة ثم اختلفا في الثمن لمحمد في إجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون الإقالة في السلم أجيب بأن الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ **قال** وإذا اختلف الزوجان في المهر، إذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجتني بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بينته لأنه نور دعواه بالحجة أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة وإنما الإشكال في قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وإنما قبلت لأنه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا وإن أقاما فلا يخلو إما أن يكون مهر المثل أقل مما ادعته أو لا فإن كان الأول فالبينة للمرأة لأنها تثبت الزيادة وإن كان الثاني فالبينة للزوج لأنها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وإن عجزا عنها تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فإن قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا لا يفسخ أجيب بأن موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم إمكان الترجيح وهو ههنا موجود فألحق به وإنما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه أن الفسخ في البيع إنما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لأن له موجبا أصليا يصار إليه عند انعدام التسمية وهذا على تخريج العلل والجوز مخلص ومخلص غير معلوم **قوله** ولكن يحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح أي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضي بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضي بما قالت لذلك وإن كان أكثر مما اعترف به وأقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المصنف ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لأنه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها إنما هو بالتحالف فلهذا تقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما في خمسة وجوه وأما في قول الرازي فلا يتحالفان إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهدا لأحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه إذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو أقل وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر قال في النهاية وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا إن قول الكرخي هو الصحيح لأن وجود التسمية يمنع المصير إلى مهر المثل وهو موجود باتفاقهما وأقول إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصح فلا كلام وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لأن التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل لإيجابه وأما لتحكيمه لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل أن يقول لم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فإنه لا محظور فيه ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل أمر معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة فإنها تعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول فإن أول التسليمين عليه كما في المشتري وخرج الرازي بخلافه وهو التحكيم أولا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف أبي يوسف وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء مستنكر يعني يثبت المهر فلا يفيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على

هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة يعني أنه يحكم مهر المثل أولا فمن شهد له فالقول له وإن كان بينهما تحالفا وإليه مال الإمام فخر الإسلام وهو تخريج الرازي وأما تخريج الكرخي فيتحالفان أولا كما تقدم إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **قال** وإن اختلفا في الإجارة، إذا اختلفا في الإجارة في البدل أي الأجرة أو المبدل فإما أن يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه أو بعد ذلك أو بعد استيفاء بعضه فمن أقام البينة قبلت بينته لأنه نور دعواه بالحجة وإن أقاماها فإن كان الاختلاف في الأجرة فبينة المؤجر أولى لإثباتها الزيادة وإن كان في المنفعة فبينة المستأجر لذلك وإن كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل أن يدعي هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقضى بشهرين بعشرين وإن عجزا تحالفا وترادا في الأول لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فإن وقع الاختلاف في الأجرة بدئ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الزيادة فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول كما في تسليم المعقود عليه أولا على الآجر ووجب الأجرة على المستأجر بعده أجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو الأسبق إنكارا فبدئ به وإن لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة فبقي إنكار المستأجر لزيادة الأجر فيحلف وإن وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الآجر لذلك وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستأجر وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على أصلهما وكذا على أصل محمد لأن فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه أو ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الإجارة أما المعقود عليه وهو المنفعة فلأنه عرض لا يبقى زمانين وأما ما يقوم مقامه فلأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما أن لا عقد بينهما لانفساخه من أصل العقد فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة إلى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف وأما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لأن المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء ولا يتحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق بخلاف البيع لأن العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل **قال** وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة، إذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه بالثمن فيتحالفان ولأبي حنيفة أن الكتابة عقد معاوضة ويجب البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وإنما ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء وهذا لأن البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة لحال العتق عند تمام العقد كما في البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين أن يكون الحال مقابلا باليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير لأن العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر **قال** وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت، إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة

فهو للرجل لأن الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجر وهي ما تشد المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها تقي الخمار وكالملحفة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الإمام التمرتاشي إلا إذا كان الرجل صائغا وله أساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء لها وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار فهو للرجل لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهرا أقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فإن ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء فإذا وقع الاشتراك يرجح بالاستعمال ويندفع بهذا ما إذا اختلف العطار والإسكاف في آلات الأساكفة والعطارين وهي في أيديهما فإنها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالنسبة ولم نشاهد استعمال الأساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في أيديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين ولا فرق بينهما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما أيهما كان لأن اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول أبي حنيفة لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فإن كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع ولا اختصاص له بذلك وعلى هذا وقال أبو يوسف يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهر أقوى من ظاهر يد الزوج بجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر يد الزوج وأما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فللرجل إن كان حيا أو للورثة إن كان ميتا لما قلنا لأبي حنيفة من الدليل وهو أن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة إلى الحياة وأما بالنسبة إلى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لأن الحر أقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والأقوى أولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك وللحي منهما بعد الممات حرا كان أو مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الأئمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف اختار اختيار العامة واستدل بقوله لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في أيديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى أصل دون المملوك فلا معارضة

فصل فيمن لا يكون خصما

أخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لأن معرفة الملكات قبل معرفة الأعدام فإن قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلت نعم من حيث الفروع لا من حيث القصد الأصلي **قال** وإن قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه إذا ادعى عينا في يد رجل أنه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه أو آجرنيه أو أعارنيه وأقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا تندفع وإن أقامها وقال ابن أبي ليلى تندفع بمجرد الإقرار وقال أبو يوسف إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا

من دفع

من دفع الخصومة وإن كان محتالا فلا فكانا قال ابن شبرمة ثم إذا شهد الشهود فإما أن يقولوا أودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه أو رجل لا نعرفه أو رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الأول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد وكالأول عند أبي حنيفة وهذه خمسة أقوال فلهذا لقبت المسألة مخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور أولا أن المدعى عليه أثبت ببينته أن يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة أنه أثبت ببينته الملك للغائب وإثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر إذ لا نيابة لأحد ولأنه إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على إثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب أن مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الثاني على الأول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة إلى زوجها إذا أقامت البينة على الطلاق فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه بإقامة البينة ليس إثبات الملك للغائب إنما مقصوده إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه قول ابن أبي ليلى أن ذا اليد أقر بالملك لغيره والإقرار يوجب الحق بنفسه فتبين أن يده يد حفظ فلا حاجة إلى البينة والجواب أنه صار خصما بظاهر يده وبإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في إقراره فلا يصدق إلا بحجة كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره بالحوالة فإنه لا يصدق إلا بالحجة لا يقال يلزم إثبات إقراره ببينته وهو غير معهود في الشرع لأنها لإثبات اليد الحافظة التي أنكرها المدعي لا لإثبات الإقرار ووجه قول أبي يوسف أن المحتال من الناس قد يدفع ما أخذ من الناس سرا إلى مسافر يودعه إياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه القاضي به لا يقبلها وأما وجه الفصل الأول فلأنها شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها وأما الفصل الثاني فله وجهان أحدهما احتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه والثاني أنه ما أحاله إلى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر المدعي وأما الفصل الثالث فوجه قول محمد هو هذا الوجه الثاني ويؤيده قوله ما أحاله إلى معين إلى آخره فصار بمنزلة ما لو قال أودعه رجل لا نعرفه وهذا لأن المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال إذن لا تعرفه ووجه قول أبي حنيفة أن المدعى عليه أثبت ببينته أن العين وصلت إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بحقيقة حينئذ أن المودع غير المدعي عليه فإذن الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما إنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وقد أثبت قوله والمدعي هو الذي أضر بنفسه جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه أن الضرر اللاحق بالمدعي إنما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه أو من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه وإليه أشار بقوله هذا الشيء أودعنيه فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود في الخارج وأما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وإن أقام البينة لأنها إذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لأنه دليل الملك إلا أنه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل وأما إذا أهلكه فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما أقام المدعى عليه من البينة على أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن ذمته كانت لغيره فلا يتحول عنه الخصومة

قال وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم ٥ وإن قال المدعي عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم
لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبت هذه العين مني او سرقته مني
واقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا تصح
الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل
غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح
الدعوى على غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما
وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني وقال ذو اليد البينة
ان فلانا اودعه لم تندفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه
لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة و
انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة ثم لما قضي
بالعين عليه ويؤذي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه
بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك يقطع لم يقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق
الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك
يقضى قطعت يده لظهورها قبل ان تصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف
ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا حاجة الى كتمه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال
اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله
الى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت
ببينته انه احق بامساكه

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين **قال** وان
ادعى الاثنان عينا في يد ثالث ٥ كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال
الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام وفي قول يقرع بينهما
لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع
العمل بكل واحد منهما او يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب
ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله
عليه وسلم بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم
بن طرفة الطائي ان رجلين تداعيا عينا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وعن ابي
الدرداء ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل
كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه السلام
بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان
تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك
تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء
الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب
الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما
ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق **قال** فان ادعى كل
منهما نكاح امراة ٥ دعوى نكاح المراة من رجلين اما ان تكون متعاقبة او لا فان كان الثاني ولا بينة لهما

فاما ان تقر لاحدهما او لا فان اقرت فهي امراته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثمة بينة فان اقام
البينة فهي امراته وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما
او دخل بها او لا فان كان ذلك فهي امراته لان النقل الى بيته او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده
الا ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق
التاريخ فهي امراته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض لواحد منهما لتعذر العمل
بهما لعدم قبول المحل للاشتراك ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما فانها اقرت له انه تزوجها او تزوجها
قبل فهي امراته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى
ليس على اطلاقه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعد عدة لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتمل ذلك
فيجب ان يجوز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح
بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا انفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا
تقدم الاول لحكمنا به فكذا اذا اثبت بالبينة وان كان الاول فادعى الفرد احدهما والمراة تجحد فاقام البينة
وقضي له بها ثم ادعى الاخر واقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض
بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطا في الاول بيقين قوله
وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج مرتبا **قال** ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد ٥ عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف
معناه من صاحب اليد احترازا عما سياتي بعد هذه المسالة واقاما على ذلك بينة من غير تاريخ
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع
بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق
واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل
رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة
توارد العقدين على عين واحدة كلا في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان اجيب بانه لم يشهدوا
بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة
به فان قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا
عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان
قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به
لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه
حيث له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة
الاخر وقوله حيث له ان ياخذ الجميع يشير الى الخيار وذكر بعض الشارحين نقلا عن مبسوط شيخ
الاسلام خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه
اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما دون الاخر فهو لصاحب
الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو
لم يذكرا تاريخا لكنه في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقق ذلك يتوقف
على مقدمتين احداهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما تم البحث بعده زمانه فهو
بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في
الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون

شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم أن التاريخ المتقدم أولى ولأنهما استويا في الإثبات وبينة غير القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وطولب بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى والجواب أن كل واحد من المدعيين ثمة محتاج إلى إثبات الملك لبائعه أولى فاجتمع في حق البائع بينة الخارج وذي اليد فكان بينة الخارج أولى وههنا لم يكن كذلك وكذا إذا ذكر الآخر يعني بينة الخارج وقتا فذو اليد أولى لأنه لم يذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه إلا أن يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فإنه ينقض بها اليد لأن الصريح يفوق الدلالة وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا قال المصنف معناه من واحد احترازا عما إذا كان ذلك من اثنين كما يجيء وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى لأنه لكونه معاوضة من الجانبين كان أقوى ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض **قوله** لما بينا إشارة إلى ما ذكر من الوجهين في أن الشراء أقوى وإذا ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فإن قيل لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا يقبل الرجوع دون الهبة أجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع إلى المآل أي بما يظهر أثره في ثاني الحال إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع إلى المآل لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا أي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما لا يحتملها كالدار والبستان عند البعض لأن كل واحد منهما أثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة القبض والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كإقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول أبي حنيفة أما عند أبي يوسف ومحمد فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والأصح أنه لا يصح في قولهم جميعا لأنا لو قضينا لكل منهما بالنصف فإنما يقضى بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي ويمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها **قال** وإذا ادعى أحدهما الشراء • إذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا تاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه وهذا عند أبي يوسف وقال محمد الشراء أولى لأن العمل بالبينات مهما أمكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فإن قدمنا النكاح نبطل بها لأن الشراء بعده يبطل إذ لم يجز المرأة وإن قدمنا الشراء نعمل بها لأن التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية توجب القيمة إن لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الأسرار جواب أبي يوسف عما قاله محمد أن المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كالشراء إذا تأخر فهما سواء في حق ملك العين وإذا ادعى رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة فالرهن أولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكان بينة الهبة أكثر إثباتا فهي أولى ووجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع ولا يرد الهبة بشرط العوض فإنها أولى من الرهن لأنها بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأن البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة وإن أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الأقدم

أولى

أولى لأنه أثبت أنه أول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك إلا من جهته والغرض أن الآخر لم يتلق منه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وقول محمد أولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وإن أرخ أحدهما دون الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة أنه يقضى بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى قول أبي يوسف يقضى لمن أرخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يؤرخ لأنه يدعي أولية الملك وسيأتيك تمام بيانه إن شاء الله تعالى ولو ادعيا الشراء من واحد وأقاما ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فهي بينهما وإن أرخا تاريخين مختلفين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وأن الآخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا قيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من المكرر بين أن يكون البائع واحدا أو اثنين وإنما التفاوت بينهما إذا وقت أحدهما دون الآخر على ما سنذكر بعيد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فإنه لا تفاوت في سائر الأحكام بين أن يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره فإنه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الأحكام وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كأن أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا وادعيا وأرخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك ولو وقت أحدهما دون الآخر قضي بينهما نصفين لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة إلا إذا تبين أنه تقدم عليه شراء غيره ولقائل أن يقول حاصل الفرق بين المسألتين ما ذكر من قوله لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته وأما الباقي فمشترك بين المسألتين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز أن يقال من يثبت له الملك بالبينة ثم كمن ثبت له عيانا فيحكم به إلا إذا تبين تقدم شراء غيره والجواب أن لذلك مدخلا في الفرق لأن البائع إذا كان واحدا كان التعارض ضروريا وقد ثبت لأحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك إن تأخر لم يضر وإن تقدم ملك فتعارضا فرجح بالوقت وأما إذا كان متعددا فكما جاز أن يقعا معا فمن جاز أن يقعا معا وفي ذلك تعارض أيضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة والقبض من آخر وأقاموا البينة على ذلك قضي به بينهم أرباعا لأنهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق وإطلاق الباعة بطريق التغليب لأن البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم والله أعلم

قال وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ • وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك أقدم تاريخا فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه أنه لا تقبل بينة ذي اليد رجع إليه روى ابن سماعة عنه هذا القول وهو أن بينة ذي اليد إذا كانت أقدم تاريخا كانت أولى من بينة الخارج وقال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره إلا للنتاج لأن النتاج دليل على أولية الملك دون التاريخ لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك وكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما إذا أقاما بالتاريخ على الشراء وأحدهما أسبق أولى سواء كان واحدا أو اثنين ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فإن من ادعى على ذي اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه قبل الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد في أن العين

في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند إقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت
ههنا بينته بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تعد إثبات التلقي من قبله فيقبل
لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما كان صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة
وأبي يوسف وفي قول محمد لا معتبر للوقت لما بينا من الدليل في الجانبين ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على
الدفع على مطلق الملك ووقت أحدهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى وقال أبو يوسف وهو رواية
عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى
وقد مر ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لأنه إنما يكون إذا تعين
التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لأن بذكر تاريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهته لإمكان
أن الآخر لو وقت كان أقدم تاريخا بخلاف ما إذا أرخا وكان تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم وعلى هذا إذا كانت
الدار بأيديهما فأقام أحدهما بينة على مطلق ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فإنه يسقط التاريخ عندهما خلافا
لأبي يوسف قال الأستاذ لا يقال بقوله أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لأنه لم يقل بذلك
والإلزام المسألة الأولى واجب بأن ذلك يجوز أن يكون على قوله الأول ولو كانت العين في يد ثالث والمسألة بحالها
أي وقت بينة أحد الخارجين في الملك المطلق دون الآخر كانا سواء يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف
الذي وقت أولى وقال محمد الذي أطلق أولى لأن الإطلاق دعوى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة
كالسمن والمنفصلة كالأكساب وكان ملكا للأصل وملك الأصل أولى من التاريخ ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك
في ذلك الوقت بيقين والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح باليقين ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه أي يزاحمه عدم
التقدم لأن الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث أن دعوى الملك المطلق دعوى أولية الملك حكما ولاحق من حيث
أن دعوى الملك المطلق تحتمل التملك من جهته بعد تاريخ المؤرخ وإذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحقا
من وجه كان المؤرخ أيضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فجعل كأنهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى
التاريخ فهو معنى قولنا أن دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار قوله بخلاف الشراء جواب عن قول أبي يوسف
ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف إلى أقرب الأوقات ويترجح جانب
صاحب التاريخ **قال** وإن أقام الخارج وصاحب اليد . وإن أقام كل واحد من الخارج وصاحب
اليد بينة بالنتاج فذو اليد أولى وهو استحسان وفي القياس الخارج أولى وبه أخذ ابن أبي ليلى لأن بينة الخارج
أكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لأن الخارج يثبت بها أولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد
بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما . ووجه الاستحسان أن بينة ذي اليد
باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج أو بعده أما قبله فظاهر وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصر
مقضيا عليه لأن بينته في نفس الأمر دافعة لبينة الخارج لأن النتاج لا يتكرر فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أنه لم
يكن مستحقا إلى حجة فلا يكون معتبرا واعلم أن بينة ذي اليد إنما تترجح على بينة الخارج إذا لم يدع الخارج
على ذي اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن وأما إذا ادعى ذلك فبينة الخارج أولى لأن ذا اليد
يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو أصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلا فكانت أكثر
إثباتا فهي أولى قوله وهذا أي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح وإليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله
عيسى بن أبان أنه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لأن القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين
لأن نتاج دابة من دابتين غير متصور ووجه صحة ذلك أن محمدا ذكر في خارجين أقاما البينة على النتاج
أنه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي تيقن بكذب أحد
الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لأداء الشهادة بأن

على

على أن الشهادة على النتاج لا تثبت بمعاينة الانفصال من الأم بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر في
التحليف فعند العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من
رجل فكان هناك بايعان وأقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة إقامتهما على النتاج في يد نفسه
فيقضى به لذي اليد كأن البايعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضى ثمة لصاحب اليد كذلك ههنا
ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى خارجا كان أو ذا يد لأن بينته قامت
على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته وكذا إذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج أولى
لما ذكرنا أنها تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم أقام
الثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لأن
المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فإن أعاد ذو اليد بينته قضي له
بها لتقدمها بالبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وإن لم يعد قضي بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لأنه بمنزلة النص في دلالته على الأولية قطعا وكان
القضاء واقعا على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته
مقضيا عليه بالملك وجوابه لم يصر مقضيا عليه لأن بإقامة البينة على النتاج تبين أن الدافع لبينة المدعي
كان موجودا والقضاء كان خطأ فأنى يكون مقضيا عليه فإن قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج
مجتهد فيه فإن ابن أبي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد أجيب
بأن قضاءه إنما يكون عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فرجح باجتهاده بينة الخارج
عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد
فإذا أقام ما يدفع به انتقض القضاء الأول **قال** وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة قد تقدم
أن القياس ما ذهب إليه ابن أبي ليلى أن بينة الخارج أولى في النتاج من بينة ذي اليد وما ذهبنا إليه استحسان
ترك به القياس بما روى جابر أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة
أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده فلا يلحق بالنتاج إلا ما كان في معناه
من كل وجه مما لا يتكرر من أسباب الملك إذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما إذا ادعى غزل قطن أنه
ملكها غزلته بيدها وكما إذا ادعى رجل ثوبا أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه أو ادعى لبنا أنه ملكه
حلبه من شاته أو ادعى جبنا أنه ملكه صنعه في ملكه أو لبدا أنه صنعه أو مرعزا وهي كالصوف تحت شعر
العنز أو صوفا مجزوزا أنه ملكه جزه من شاته وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه
بينة فإنه يقضى بذلك لذي اليد لأنه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما يتكرر من ذلك قضي
للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى وينسج
فإذا ادعى ثوبا أنه ملكه من خزه أو ادعى دارا أنها ملكه بناها بماله أو ادعى غرسا أنه ملكه غرسه أو ادعى
حنطة أنها ملكه زرعها أو حبا آخر من الحبوب وأقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك وأقام عليه بينة
قضي به للخارج لأنها ليست في معنى النتاج لتكررها أما الخز فلما قلنا وأما في البناء فإن البناء يكون مرة بعد أخرى
وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم تغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانيا وإن لم يكن في معناه لا يلحق
به فإن أشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع إلى العدول من أهل الخبرة ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى فاسألوا
أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون فإن أشكل على أهل الخبرة قضي به للخارج لأن القضاء ببينته هو الأصل والعدول
كان بخبر النتاج كما رويناه فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل **قال** وإذا أقام الخارج البينة على الملك
وإذا أقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أولى لأن الخارج إن كان يدعي أولية الملك

فذو اليد يلقى منه ولا منافي في هذا فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه وإذا أقام الخارج
البينة أنه اشتراها من ذي اليد وأقامها ذو اليد أنه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار
في يد ذي اليد قال المصنف هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يقضى بهما لإمكان العمل بهما وذلك
بأن يجعل كأن ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لأن القبض دلالة السبق كما مر ولا نعكس أي لا
يجعل كأن الخارج اشتراها من ذي اليد أولا ثم باعه إياه لأن ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وإن كان في
العقار عنده ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين
وفيه التهاتر بالإجماع كذا ههنا ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني أن السبب إذا كان مفيدا للحكم كان
معتبرا وإلا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق للخارج لأنا إذا قضينا
ببينة ذي اليد إنما يقضى لزوال ملكه إلى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة إليه فبقي القضاء بمجرد
السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استوى الثمنان
لوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده فإن
الثمنين لما بيناه عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاصان الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان
بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك
لصاحبه وفي مثل هذا الإقرار تهاتر الشهود وكذلك ههنا وعند محمد باعتبار أن بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع
بعد القبض وليس في التعيين ذكر تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا وإذا جاز البيعان ولم يكن أحدهما
أولى من الآخر في القبول تساقطا فبقي على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لأن الجمع غير ممكن لأن الجمع عبارة
عن إمكان العمل بهما وههنا لم يكن وإن وقتت البينتان في العقار وقتين فإما أن يكون وقت الخارج أسبق أو وقت
ذي اليد وكل منهما على وجهين إما أن يشهدوا بالقبض أو لا فإن كان وقت الخارج أسبق فإن لم يشهدوا بالقبض قضي
بها لذي اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه
جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه وإن شهدوا
بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالإجماع لأنه يجعل أن الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح على القولين
جميعا وإن كان وقت ذي اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا وأما إذا
شهدوا به فلا إشكال وأما إذا لم يشهدوا فيجعل كأن ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم
إليه والمصنف جمع الوجهين في قوله فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم إثبات
القبض أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر من عارية أو إجارة باعتبار إثبات القبض **قال** وإن أقام أحد
المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل واحد شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح
لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها ألا ترى أن خبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية أخرى لأن كل واحد منهما
علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في أصول الفقه والشهادة العادلة
يترجح على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا يترجح بكثرة العدد لأنها ليست بصفة للشهادة بل هي
مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل **قال** وإن كانت الدار في يد رجل إذا كانت الدار في يد رجل
ادعاها اثنان أحدهما جميع الدار والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف
ربعها عند أبي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما هي بينهما أثلاثا اعتبارا بطريق العول لما مضى
والأصل في ذلك أن عند أبي حنيفة أن المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر
إليه يضرب بجميع حقه كأصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه
والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسألتنا والموصى له بالأكثر من الثلث وعندهما أن

قيمة

إن قيمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريقة العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت
لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي إذا باع عبد رجل بغير أمره وفضولي آخر نصفه
وأجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعا فعلى هذا أمكن الاتفاق بينهم على العول
وعلى المنازعة والافتراق فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة أما على أصله فلأن السبب لا يحتاج إلى
شيء وأما على أصلهما فلأنها وجبت بسبب حق في العين لأن حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا
عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي أما على أصله فلأنه لم يثبت بسبب صحيح لاحتياجه إلى انضمام الإجازة إليه وأما على
أصلهما فلأن حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء إلى المبيع ومما افترقوا فيه مسألتنا فعلى أصل أبي
حنيفة سبب استحقاق كل واحد منهما هو الشهادة ومتى يحتاج إلى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا
فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف
الآخر كل منهما يدعيه وقد أقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان
هذا النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار ولمدعي الربع وعلى أصلهما حق كل واحد من المدعيين
في العين على معنى أن حق كل منهما شائع فيها فما من جزء إلا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا
كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح وأقله اثنان فيضرب
بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما أثلاثا ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها المختصر
قال المصنف وقد ذكرناه في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة ومن
أضدادها العبد المأذون المشترك إذا أدانه أحد المولين مائة درهم وأجنبي مائة درهم ثم بيع
بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثا وعندهما بطريق المنازعة
أرباعا فقد ذكر الأصلين المذكورين ليسهل عليك الاستخراج **قال** ولو كانت الدار في أيديهما والأصل
في هذه المسألة أن دعوى كل واحد من المدعيين ينصرف إلى ما في يده لئلا يكون في إمساكه ظالما حملا لأمور
المسلمين على الصحة وأن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد فإذا كانت الدار في أيديهما فمدعي النصف لا يدعي
على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه إقامة البينة فإن أقامها فله
جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لأنه اجتمع فيه بينة الخارج لأنه ادعى فيه ببينة
الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان
بيده لأن صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قال** وإذا تنازعا في دابة
إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق
أحد التاريخين فهو أولى لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فترجح وإن أشكل ذلك كانت
بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما هذا إذا كانا خارجين وإن كان
أحدهما ذا اليد فإن وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضي بها لذي اليد إما لظهور علامة الصدق في شهوده
أو سقوط اعتبار التوقيت بالإشكال وإن كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ
تهاترت البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد **قوله** وإن خالف سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين
بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لأنه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة
الاجتماع أيضا فترك الدابة في يد من هي بيده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الأصح
ما قاله محمد من الجواب وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما إذا كانت سن الدابة مشكلة
وفيما إذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين أما إذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذا إن كانت على غير
الوقتين لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت

أصلا وينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك في البداية وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا
لأنا لو اعتبرنا التوقيت بطل البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد
فلبقيه يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه الرواية مخالفة لما روى أبو الليث عن محمد أنه قال إذا كان
سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وإن كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد قضاء ترك
فكأنهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الأصح وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعي ليس
بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لأنه ليس بحجة مع وجود
المكذب وإذا كان عبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء لأن المودع
لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة
شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما أن الأول أقوى ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت
إلى اليد قال وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها
فالراكب أولى لأن تصرفه أظهر لأن الركوب يختص بالملك يعني غالبا وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج
والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى لما ذكرنا ونقل الناطفي هذه الرواية من النوادر وأما في ظاهر
الرواية فهي بينهما نصفين بخلاف ما إذا كانا راكبين معا في السرج فإنها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في
التصرف وكذا إذا تنازعا في بعير ولأحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف وإذا تنازعا
في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو
تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أو كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء
لأن اليد على البساط إما بالنقل والتحويل أو بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه
فليس بأيديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في أيديهما ولهذا فرق بينه وبين الدار إذا
ادعاها اثنان كما هاهنا حيث لم يقض لهما بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لأن عدم يد الغير فيها غير معلوم
لأن اليد فيها قد يكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لأنها تعد بعد أن كانت في مكانها الذي
ثبتت يد المختط له فيه عليها لم تتحول إلى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة
ذي اليد لا تجوز القضاء لغيره لأن شرط جوازه العلم بأن المدعى ليس في يد غير المدعيين ولو وجد وإذا كان
ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفين لأن الزيادة من جنس الحجة فإن كل واحد منهما
متمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر
أربعة وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص لأن الزيادة ليست من جنس الحجة فإن الحجة
هي اليد والزيادة هي الاستعمال وإذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخلو إما أن يكون الصبي ممن يعبر
عن نفسه أو لا فإن كان الأول فإن لم يعبر فهو عبد ذي اليد وإن تعلق فقال أنا حر فالقول قوله لأنه أنكر
ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه وإن قال أنا عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد ذي اليد
لأنه أقر أنه لا يد له على نفسه بإقراره بالرق قبل الإقرار بالرق من المضار لا محالة وأقواله فيما يعبر
موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والإقرار بالدين وأجيب بأن الرق لم يثبت بإقراره بل بدعوى ذي اليد إلا
أن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا يتقرر يده عليه وعند عدمها يتقرر فيكون القول حينئذ قوله
في رقه كالذي لا يعقل إذا كان في يده وإن كان الثاني فهو عبد للذي في يده لأنه لما كان لا يعبر
عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه واعترض بالملتقط إذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فإنه لا يكون
عبده وبأن الرق من العوارض إذ الأصل الحرية وهو يدعي العارض فكان الواجب أن لا يصدق ذو اليد

الاخر

الانجحة وأجيب عن الأول بأن فرض الالتقاط بضعف اليد لأن الملتقط أمين في اللقيط ويد الأمين في الحكم
يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بأن الأصل يترك بدليل يدل على
خلافه واليد على ذلك شاهد لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الأصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن
القول قوله لظهور الرق عليه في حال صغره قال وإذا كان الحائط لرجل وإذا كان الحائط
لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات
من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية وردك فهو أي الحائط
لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب
تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور
في قوله أو متصل ببنائه مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره ويسمى اتصال تربيع وتفسير التربيع
إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع
فيه وبالعكس وإذا كانت من خشب فالتربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبة في الأخرى وأما إذا ثقب فأدخل
لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم أن من
الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع أولى وقوله والهرادي ليس بشيء
يعني قول محمد في الجامع الصغير يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلا وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى لها أصلا
لأنه إنما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وإنما يوضعان للاستظلال والحائط
لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه إذا عرف
كونه في أيديهما فقضى بينهما قضاء ترك وإن لم يعرف كونه في أيديهما وقد ادعى كل واحد منهما أنه ملكه وفي
يده يجعل في أيديهما لأنه لا منازع لهما لأنه يقضي بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما
لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة لأن الزيادة من جنس الحجة فإن الحائط تبنى لجذوع الثلاثة كما هي
للأكثر منها وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية كتاب الإقرار
حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الأجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر يحمي
وقد أشار إليه المصنف وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبه حيث قال فيه إن الحائط
بينهما على قدر الأجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع أصله الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين
الخشب يكون ما بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب أبيات كما يذكره
وقيل يكون ذلك على قدر خشبهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الأول
وأكثرهم على أنه يقضى به لصاحب الكثير لأن الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة قوله
والقياس رجوع إلى قوله فهو لصاحب الثلاثة إلى آخره يعني ذلك استحسان والقياس أن يكون الحائط بين
صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الأكثر نصفين لأنهما استويا في أصل الاستعمال والزيادة من جنس
الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية وهو
قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبه أن الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبه والاستحقاق بحسب
الاستعمال ووجه الأولى أن الحائط تبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب
الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة إذ من الجائز
أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فإن القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم أن
ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار أن التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال
بعضهم للحشاد بمنزلة الثلاثة لإمكان التسقيف بهما ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لأحدهما

جفر

جذوع وللآخر اتصال وعلى الأولى وقع في الدليل وجه الأول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه إذا تنازع صاحب
الجذوع واتصال التربيع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه فالأول أولى لأنه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب
اليد والتصرف أقوى وممن رجحه شمس الأئمة السرخسي ويروى أن الثاني أولى لأن الحائطين بالاتصال صارا كبناء
واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا
أن الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذه رواية الطحاوي
وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشايخ
وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي وإذا كان في يد رجل عشرة أبيات من دار وفي يد آخر بيت واحد فالساحة
بينهما نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الأمتعة وغيرها ولا معتبر بكون
أحدهما أكثر استعمالا دون الآخر لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في
يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبة حيث يلغى صاحب الهدب وإذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم
بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة وأجيب بأن الهدب ليس بثوب لكونه
اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه فالغي والشرب يحتاج إليه الأراضي دون الأرباب
فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيتقدر به على كثرة حق له فيه وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه
سواء فاستويا في الاستحقاق فصار كما إذا تنازعا في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض
باب الدار **قال** وإذا ادعى رجلان أرضا • إذا ادعى رجلان أرضا كل واحد منهما ادعى أنها في يده
لم يقض القاضي أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد حق مقصود ولا يجوز للقاضي أن
يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر إحضارها لا بد من البينة لإثبات ما غاب عن المشاهدة
وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فإن قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت أنها
في يد الآخر فليس بخصم أجيب بأنه خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في
شيء كانت بينته مقبولة وقد أشار إلى ذلك بقوله لأن اليد حق مقصود يعني فيجوز أن يكون مدعيه خصما فإن
أقاما البينة جعلت في أيديهما لقيام الحجة فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على
الملك قال بعض مشايخنا هذا قول أبي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسألة أخرى ذكرها في كتاب القسمة
وهي ما إذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبار أقروا عند القاضي أنها ميراث في أيديهم من أبيهم
والتمسوا من القاضي أن يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثا
لهم وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم بإقرارهم وليشهد أنه إنما قسمها بينهم بإقرارهم ومنهم من قال المذكور
ههنا قول الكل لأن القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة والعقار
غير محتاجة إلى الحفظ فلم يثبت الملك لا يقسم لأن العقار غير محتاج إلى ذلك وإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه
ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما
عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال وإن نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه
وإن نكل أحدهما قضي عليهما بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي بيد صاحبه لنكوله وإذا
ادعيا أرضا صحراء أنها بأيديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك وأحدهما لبن فيها أو بنى أو حفر فهي في يده
لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك إثبات اليد كما لو كانت على الدواب واللبس في الثياب

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا فقدمه **قال** وإذا باع جارية
فجاءت بولد • اعلم أن البائع إذا ادعى ولد الجارية المبيعة أو المشتري فإما أن جاءت به لأقل من ستة

أشهر

أشهر من وقت البيع أو لأكثر من سنتين أو لما بين المدتين وكل وجه على أربعة أوجه إما أن ادعى البائع وحده أو
المشتري وحده أو ادعياه معا أو على التعاقب فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع وحده
فهو ابن البائع وأمه أم ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لأن البيع اعتراف
منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا تسمع دعواه كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها
ولكن الدعوة صحيحة لأن ثبت النسب إذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان
أنا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك
منزلة البينة في إبطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله ومبنى النسب على الخفاء جواب عن الشافعي وذلك
لأن الإنسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له أنه منه فيعفى فيه التناقض وكذلك العتق
والتدبير وصار كالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع على أن الزوج كان طلقها ثلاثا وإذا صحت الدعوى
استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن إذ كان مقبوضا
لأنه قبضه بغير حق وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لأن دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح
منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية وثبتت لها أمية الولد بإقراره ثم لا يصح من
البائع دعوته لأن الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري وإن ادعياه معا ثبت النسب
من البائع عندنا لأن دعوته أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري
دعوة تحرير فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار
الأولى على الحال دون الثانية فكان البائع أولى **قال** وهذه دعوة الاستيلاد جواب دخل تقريره
كيف يصح الدعوة والملك مفقود ووجهه أنها دعوة استيلاد وهي لا تفتقر إلى قيام الملك في الحال
لأنه يستند إلى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك إن ادعى المشتري بعد البائع لاستغناء
الولد حينئذ عن النسب وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع فإما أن يصدقه من وقت البيع أو لا
أن يصدقه المشتري أو لا فإن كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لأن الشاهد على كون الولد منه اتصال
العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وإن كان الأول ثبت النسب وحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لأمره على
الصلاح ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق وحق الولد ولا حقه
في الأم فلا تصير أم ولد وإذا لم تصر أم ولد بقي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من
أهله والبائع ليس بمالك وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته وإن ادعياه معا أو متعاقبا صح دعوة
المشتري لأن البائع كالأجنبي وإن جاءت به بين المدتين فإما أن يصدقه المشتري أو لا فإن لم يصدقه
لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وإن صدقه المشتري ثبت
النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولد كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك
وإن ادعاه المشتري وحده صح دعوته لأن دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه
ففيما يحتمله أولى وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الأصل ولا يكون له ولاء على الولد
لأن العلوق في ملكه ممكن وإن ادعياه معا أو متعاقبا فالمشتري أولى لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي
هذا إذا كانت المدة معلومة أما إذا لم يعلم بأنها ولدت بعد البيع لأقل من أقل مدة الحمل أو لأكثر
من أكثرها أو لما بينهما فالمسألة على أربعة أوجه أيضا فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم
تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البائع إن جاءت به لأقل المدة
لا يمنع دعوة المشتري وإن ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبد المشتري لأنها إن جاءت
به لأقل المدة كان النسب للبائع وإن جاءت به لأكثر من أقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا

بنت فان قيل جانب المشتري يثبت في وجهين وجانب البائع في وجه واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا
ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه معا فان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع
لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما **قال** فان مات الولد فادعاه
البائع • الاصل في هذه انه اذا حدث في الولد ما لا يحتمل الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة ويبقى ثبوت النسب
وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام
لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت
الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل الموت لعدم حاجته من ستة اشهر ثبت نسب الولد واخذه لانه
اصل والام تابعة له حيث يقال ام الولد واستفادت الحرية من جهته لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها
ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا كان في الاصل ما يمنع الدعوة لم يتصور
فوات التبع ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على
ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة
فيضمنها وذكر المصنف رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما عرف به حكم الموت فاذا اعتق
المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى
قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه كل
الثمن كما تذكره ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة اذا لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر
الفرق استظهارا فانه كان معلوما من مسألة الموت والاصل في هذا الباب اعني بحث ثبوت حق العتق للام
بطريق الاستظهار استيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر وفي
الفصل الاول يعني فيما اعتق المشتري الام قال المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو
الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب للولد
العلوق في ملكه يقتضي لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد ضرورة
انه امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله ولكن من ضرورته اي لكن
ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ما
اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت
النسب من ابيه وليست امه ام ولد لابيه وكما في المستولدة بالنكاح بان يتزوج امرأة على انها حرة فولدت
فاذا هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المستولد المشتري الولد ثم ادعاه البائع بانه ولده
قام المانع بالاصل بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد فيه وفي
التبع **قوله** وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه
ان الاعتاق من المشتري وحق استحقاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض
فليس لفعل احدهما على فعل الاخر ترجيح من هذا الوجه ورد بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد
لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الاخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق
المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى واجيب بان التوأمين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما والكلام
بصيغة ورثته حرة الاصل ثبوت النسب للاخر ولقائل ان يقول اذا كانا كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة
ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الاخر والامر ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن
ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الاخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد فان دعوى من باب البائع

اذا ادعى

اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به
قوله ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستيلاد فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع
في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو
فان المالك القديم ياخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع
بينهما وفيه نظر لان الفرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان
هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فا
عن درجة الحقائق فقلنا باخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض
اثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك **قوله** وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل
من الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد
بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احترازا عما ذكره شمس الائمة في المبسوط وقاضي
خان والمحبوبي انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع
فيما زعم انها ام ولد حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت
فموتها لم يحز الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حصته فرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف
وهو ما ذكره المصنف شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية
الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري بل الواجب ان لا يكون
للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث
الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع
وقد استهلكه بالدعوة **قال** ومن باع عبدا ولد عنده • والاصل في هذا انه اذا حدث في
الولد ما لا يحتمل الفسخ لا يمنع الدعوى فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم
باعه المشتري من اخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لانه احتمل النقض وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله
فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة
لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض لاجل ما لا يحتمله بجملته بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف
ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري
لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فانى يتساويا
واما الدعوة من المشتري ومن البائع فمتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب
عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجح دعوة المشتري
على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب فيه وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى
الثانية ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها
على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الاخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الائمة يجوز ان يقال غلامان
توأم وتوأمان **وقوله** وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الزاء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت
بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوابا **قوله** بخلاف ما اذا كان الولد
واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البائع وقد تقدم ان حق الدعوة
لا يعارض الاعتاق وهنا اي في مسألة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشتري تبعا لحريته حرية
الاصل لا حرية الحر فالضمير لحريته راجع الى المشتري بالفتح **وقوله** فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير
للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما ابدله به اشارة الى سبقها البيع بلا

أن البيع لم يكن صحيحا فالإعتاق لم يصادف محلا فكان لغوا فيبطل بالرد والإبطال ولو لم يكن أصل العلوق في ملك المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لأنه لما لم يكن أصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر كدعوة تحرير ولو قال لأحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير وتوقف بما إذا اشترى الرجل أحد التوأمين وأبوه الآخر فادعى أحدهما الذي في يده أنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال إذ الكلام فيه وأجيب بأن ذلك لمعنى آخر وهو أن المدعي إن كان هو الأب فالابن قد ملك أخاه فيعتق عليه وإن كان هو الابن فالأب ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير والله أعلم

قال وإذا كان الصبي في يد رجل ° إذا كان الصبي في يد رجل أقر أنه ابن عبده فلان أو ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الأوقات لا حالا ولا مستقبلا أما حالا فلا انتظام لوجود المانع وهو تعلق حق الغير وأما استقبالا فلأن الغائب لا يخلو حاله عن ثلث إما أن يصدقه أو يكذبه أو يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الأول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي إقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند أبي حنيفة خلافا لهما فإن الإقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا إذا أكره على الإقرار بنسب عبد فأقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فإذا ارتد برد العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كأنه لم يقر لأحد وادعاه لنفسه وصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري وكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فإن الولاء يتحول إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك ثباتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالإقرار به لا يرتد بالرد لأن الإقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما أقر به لعدم احتمال النقض كالإقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وتكذيب العبد لا يبطل شيئا منهما أما الأول فلأن تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا وأما الثاني فلأنه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد أيضا وهو لا يقدر على إبطاله ونظر الإمام فخر الإسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة أو فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فإنها لا تصح وكذلك أورد المصنف وذكر الإسبيجابي أنه على الخلاف لا تقبل عند أبي حنيفة خلافا لهما قوله ومثله الولاء جواب عن سؤالهما قياسا على الخلاف فلا ينهض شاهدا علينا ووجه ذلك أن الولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب ومؤونته معروفة وإنما لا يبطل إذا اشتهر نسبه ولم يتقرر لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو أقوى وهو دعوى المشتري لأن الملك له ثابت في الحال فكان دعوى الولاء لا مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر أن النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا أي حيلة على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره

قال وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني ° فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لأن الإسلام مرجح أينما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لأن النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا أولا لأنه ينال شرف الحرية حالا وشرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالإسلام ينال الحكم تبعا وحرمانه عن الحرية إذ ليس في وسعه اكتسابها ولقائل أن يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الإلف بالدين مانع قوي ألا ترى إلى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة أن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك وأما

الضرر

الضرر بعده ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الأولاد لآبائهم ومدعي النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الأحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثرة فكانت أقوى من المانع وكفر الآباء مجوز والإسلام عدمه ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق فيقطع منهما بخلاف ترك النسب ههنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة وهذا والله أعلم بالصواب فلو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحا للإسلام وهو أوفر النظرين وتوقف بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية أنه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة أنه ابنهما وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الإسلام وأجيب بأن البينتين وإن استويا في إثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث أنه يثبت حقا لنفسه لأن معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لأن الولد يتعير بعدم الأب المعروف والوالدان لا يتعيران بعدم الولد وبينة من يثبت له حقا لنفسه أولى وفيه نظر لأنه أضعف من الإسلام في الترجيح لا محالة والجواب أنه يتقوى بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لأنه أشبه المدعين لكونه يدعي حقا لنفسه

قال وإذا ادعت المرأة صبيا ° إذا ادعت المرأة صبيا أنه ابنها فإما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة فإن كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة إلى حجة وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بالحجة وشهادة القابلة كافية لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة وإن كانت معتدة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبي حنيفة إلا إذا كان هناك حبل ظاهر واعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أو لا والفرق هو أن الأصل أن كل من ادعى أمرا لا يمكن إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي أمرا يمكنه إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيها ولو كان الصبي في أيديهما إذا ادعى صبيا لا يعبر عن نفسه فأما إذا عبر فالقول له أيهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر

قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا ° ختم باب دعوى النسب بمسألة ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت منه ثم تستحق والولد ولد المغرور حر بالقيمة بالإجماع فإنه لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حر الأصل ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني إن كان الولد غلاما فعلى الأب غلام مثله وإن كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها وإليه ذهب أصحابنا فإنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولأن النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما **قوله** ثم الولد حاصل بيان لسبب الضمان وهو المنع لأنه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة أمانة لا يضمن إلا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع وأنه لو مات الولد لا يضمن الأب قيمته لانعدام المنع وأنه لو ترك مالا لا يضمن أيضا لأن المنع لم يتحقق

لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه جزء الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه جزء الاصل في حق الاب وفي حق المدعي لانه علق جزء الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا يكون لا يكون الولد له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وانه لو قتله الابن ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبايع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزايه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملهما بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته ● والله تعالى اعلم

كتاب الاقرار

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يعقوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه على المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طايفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بماله لا يخلو اما ان يستربح منه او لا فان استربح منه فلا يخلو اما ان يستربح بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة **قال** اذا اقر الحر البالغ العاقل ● الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشرطه سنذكره في اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقوله صلى الله عليه وسلم الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجيته فلما تبين انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجيح جانب الصدق بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد النافي لصلاحية الحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص وكان هذا اعتذار عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا اصح وامثال غير المراد اقر لزم او لم يلزم فساكت عنه فلا [illegible] عليه شيء ويصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص و[illegible] المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له وقوله لان اقراره الى اخره دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه يتعذر موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيا لهم الاشهاد في كل تجارة يعلمون نفاعه بخلاف الحد والقصاص لان العبد فيهما يبقى على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه من خواص الادمية والادمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا ولا يعترض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي

والحق

والحق قد يلزمه مجهولا فان الشهادة قد تلزم مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد منا الف واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لان التجهيل فالبيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره بالبيان وفي بعض النسخ بتصحيح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا او عدد كخطه او فلس او جوزة فاما ان يتابعه المقر له او لا فان تابعه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين بحبة حنطة او قطرة ما لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل ملكه يده وهو لا يتحقق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة **قال** ولو قال لفلان علي مال ● اذا قال في اقراره لفلان علي مال فالمرجع في البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين [illegible] دون الدرهم والقياس قبول قوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول وقلنا انه وصف بالعظم فلا يجوز الغاؤه فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغنى بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان به فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدنانير عشرون مثقالا وفي الدراهم مايتي درهم وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد ولم يذكر محمد قول ابي حنيفة في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم يقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ به فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب به الزكوة قال في النهاية والاصح على قولهما ان يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة وفي اقل من مايتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي يصدق فيه بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند اخرين وحكم ذلك وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة وما دونه كما في السرقة والمهر على مذهبه وبالمايتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا من احدهما وباكثر من ذلك تارة كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقالا امكن العمل [illegible] لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة الدراهم مميز يقع تمييز العدد واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد عشر درهما ومائة والف درهم فتكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لان اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن

قال الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فإن لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا
ولو قال له كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد والأصل في استعماله اعتباره بالمفسر فما له نظير في الأعداد
المفسرة حمل على أقل ما يكون في ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل فإذا قال كذا درهما كان كما إذا قال له علي درهم
وإذا قال كذا كذا كان كأحد عشر وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير وإذا قال كذا وكذا كان أحدا
وعشرين وإن ثلث بالواو كان مائة وأحدا وعشرين وإن ربع يزاد ألف ولو قال له علي أو قبلي فهو إقرار بالدين
لأن على للإيجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر به بقوله وديعة صدق ويكون
مجاز الإيجاب حفظ المضمون والمال محله لأنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف رحمه الله في
المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان
إبراء عن الدين والأمانة جميعا والأمانة أقلهما فحمل عليها وكان فيما ترتبت المسألة أن يذكر ما ذكره القدوري
مع ما ذكر في الأصل لأن الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري إلا أن المذكور في الأصل هو الأصح
فقدمه في الذكر ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده لأن
كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده واليد تتنوع إلى أمانة وضمان فيثبت أقلهما وهو الأمانة ونوقض بما إذا قال له
قبلي مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فإنه دين ولم يثبت أقلهما وهو الأمانة وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما
يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن وإهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الأعلى على
الأدنى وهو لا يجوز لأن الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك ألف درهم فقال اتزنها
أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها كان إقرارا بالمدعى لأن ما خرج جوابا إذا لم يكن كلاما مستقلا كان
راجعا إلى المذكور أولا فكأنه أعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الأولين بالكناية رجع إلى المذكور في الدعوى
فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي كما لو أجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقرارا
لعدم انصرافه إلى المذكور لكونه مستقلا فكأنه قال اتقد وزانا للناس واكتب المال واترك الدعوى الباطلة أو نقادا
وانتقد للناس دراهم أو مائتي وقوله أجلني فلأن التأجيل إنما يكون في حق واجب وأما في قد قضيتكها فلأن القضاء
يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي أو وهبتها لي كان إقرارا لأنه دعوى
التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب وإذا قال له علي ألف إلى سنة وقال المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له
لأن المقر أقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما إذا أقر بعبد في يده لغيره وادعى الإجارة لا يصدق
في دعوى الإجارة بخلاف ما إذا أقر بدراهم سود فإنه يصدق لأن السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة
التي أقر بها وقد مرت المسألة في الكفالة ويستحلف المقر له على إنكار الأجل لأنه منكر واليمين على من أنكر وإن قال
له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب أو مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع
في تفسير المائة وهذا لزمه كلها دراهم والقياس لأنه هو المجمل وهو القياس في الدرهم أيضا وبه قال الشافعي لأن
المائة مبهمة والمبهم محتاج إلى التفسير ولا تفسير له هنا لأن الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك
ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين
أنهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة
الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع
المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فإن الثوب لا يثبت في الذمة دينا إلا سلما والشاة لا تثبت
دينا في الذمة أصلا فلم يكثر فبقي على الحقيقة أي على الأصل وهو أن يكون بيان المجمل إلى المجمل لعدم صلاحية العطف
للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا إذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة إلى المقر لما بينا أن الثياب
وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لأنه ذكر عددين

مبهمين

مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم يذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف إليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة
إلى التفسير ولا يقال الأثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد قال ومن أقر بتمر
في قوصرة الأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فإما أن يذكرهما بكلمة في أو بكلمة من فإن
كان الأول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر أو ثوبا في منديل أو طعاما
في سفينة أو حنطة في جوالق لزماه لأن غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وإن كان الثاني كقوله تمرا
من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة لم يلزمه إلا المظروف لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع
ومن أقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لأن الثاني لما لم يصلح ظرفا للأول لغا
آخر كلامه ومن أقر بغصب دابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة يعني أن الإقرار إقرار بهما جميعا لكن لا يلزم إلا ضمان
الدابة خاصة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا إذا قال غصبت منه طعاما في بيت لأن الدابة والطعام يدخلان
في ضمانه بالغصب والإصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لأنهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل
والتحويل وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الإقرار لأنه يرى غصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن
الغمد والحمائل جمع حمالة بالكسر وهي علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والأسرة والعيدان بفتح النون جمع عود
وهو الخشب وبقية كلامه يعلم من الأصل المذكور وقوله لأن النفيس من الثياب قد تلف في عشرة أثواب قيل هو منقوض
على أصله بأن قال غصبته كرباسا في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة
قوله على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه أن الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منهما موعى بما حواه والوعاء الذي
هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين أول كلامه
محملا ويعني أن يكون بمعنى البين قوله لأن الضرب لا يكثر المال معناه أن أثر الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة
المال وعشرة دراهم وزنا وإن حسابه ألف جزء لم يزد فيه وإن قرّ اطوبا في كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

فصل

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة
وألحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط قال ومن قال لحمل فلانة علي ألف درهم ومن أقر لحمل فإما
أن يبين سببا أو لا فإن بين فإما أن يكون سببا صالحا أو لا فإن كان صالحا مثل أن يقول أوصى له فلان أو مات
أبوه فورثه فالإقرار صحيح لأنه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك بإقراره ثم إذا وجد السبب الصالح فلا بد
من وجود المقر له عند الإقرار فإن جاءت به في مدة يعلم فيها أنه كان قائما أي موجودا وقت الإقرار بأن
ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لزمه وإن جاءت به لأكثر إلى سنتين وهي معتدة فكذلك
وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا إن جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث
يقسم بين ورثته لأن هذا الإقرار في الحقيقة لهما وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وإن جاءت
بولدين حيين فالمال بينهما نصفين إن كانا ذكرين وإن كانا أنثيين وإن كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ففي الوصية
كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كان السبب غير صالح مثل أن قال باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء
لأنه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لأنه لا يولى عليه فإن قيل كان ذلك رجوعا
وهو في الإقرار لا يصح أجيب بأنه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد
فلان صحيحة وهذا بخلاف ما إذا أقر للرضيع وبين السبب بذلك لأنه إن لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد
يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي أو من يأذن له القاضي وإذا تصور بالنائب جاز للمقر إضافة
الإقرار إليه وإن لم يبين سببا وهو المراد بقوله وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف وصححه
محمد لأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافا إلى محله كان حجة يجب العمل بها والنزاع في صدوره عن أهله
لأنه هو المفروض وأما إضافته إلى المحل فحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون إذا

له اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان
صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولأبي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا احتمل اقرار العبد
المأذون له وأحد المتفاوضين عليه فأخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح
كالتصريح به ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بأن الجارية كانت لواحد
أوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه وورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه
للميراث في هذه الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحمل أيضا ومن أقر لرجل بشيء على انه بالخيار
في اقراره ثلاثة أيام فالاقرار صحيح فلزمه به ما أقر به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحوه والخيار
باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر اذا كان صادقا بمطابقته للواقع فلا متغير باختياره وعدم
اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثيره في العقود ليتغير به صفة العقد وتخير
به بين فسخه وامضائه

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط
والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل وهو
ما لا يصح اخراجه **قال** ومن استثنى متصلا باقراره • ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه
الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة
الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن
ابن عباس جواز التأخير وقد عرف ذلك أيضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى أقل أو أكثر وهو أيضا
قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم يتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى
قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد
الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا فان استثنى
الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان الاستثناء
بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من أيمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما
لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال
الا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول
أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع الى اللفظ
فبالنظر الى ذات اللفظ أمكن ان يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان
بعين ذلك اللفظ فانه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على
المعنى واهدار المعنى رأسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق
ست تطليقات الا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق
لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال انت طالق ثلاثا الا أربعا فكان اعتباره أولى ولو قال له علي مائة
درهم الا دينارا أو الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف ولزمه ما بقي الا قيمة الدينار أو القفيز خلافا
لمحمد ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عنده خلافا للشافعي **وقوله** فيهما في قول محمد والشافعي يجوز
الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر
لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي
ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي
وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضا وهو الحق

وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده بمعارض الصدر وليس
من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان
الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول ولابي حنيفة
وابي يوسف ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم ثبوت الدراهم
غيرها قطعا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في ثبوتها لها حكما فقلنا بثبوته لما كان على أخص أوصافها
الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب أما الدنانير فظاهر واما المقدرات
فلانها أثمان باوصافها فانها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا ومؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي
المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول
المجانسة بينهما باشتراكهما في أخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس
بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة
وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى
توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث
اللفظ او القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدار بقدر الدراهم من
حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا من حيث
أخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات والله أعلم

قال ومن أقر بحق وقال ان شاء الله • ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله
لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب
محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع
الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق واذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق
من غير شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك
اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل
وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا
قال لفلان علي مائة درهم اذا مت أو اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة
فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا
كما تقدم **قال** ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه • ومن قال هذه الدار لفلان
الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان
ان المستثنى من متناول اللفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ
الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن
بمقابلته بل يتخير المشتري واما الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص
في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان
الا ثلثها أو الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط
حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه أقر بكلها ثم ادعى شيئا
منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة
عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء تبعه بخلاف ما اذا قال
بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار

بالدار وحين هذه المسائل تخرج على أصلين أحدهما أن الإقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني أن إقرار الإنسان ليس بحجة على غيره فإذا أقر بشيئين يتبع أحدهما الآخر كالأرض والبناء فإن كان لشخص ظاهر وإن كان لشخص فإن قدم التابع فقال بناء هذه الدار لفلان والأرض لفلان فكما قال لأن الإقرار الأول لما صح لم يصح جعله البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الإقرار على الغير وإن قدم المتبوع فكلاهما للمقر له به لأن الإقرار به يستتبع التابع فالإقرار بالتابع بعد ذلك إقرار على الغير فلا يصح وإذا أقر بأحدهما فإن كان المتبوع كقوله الأرض لفلان والباقي كانا للمقر له بالاستتباع وإن كان التابع كقوله الأرض لي والبناء لفلان كان كما قال لأن في الأول دعوى بعد الإقرار فلا يصح وفي الثاني عكسه فيصح **قال** ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه فأما أن ذكر عبدا بعينه أو لا فإن كان الأول فهو على وجوه أحدها أن يصدقه المقر له فيقال له إن شئت سلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك لأنهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لأنهما إذا تصادقا فأوجبت المبيع بينهما بغير شرط فالحكم الأمر بتسليم الثمن على المقر بتسليم العبد على المقر له والجواب أن ذلك حكم ما إذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فإذا حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه أحد وذلك باطل والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبدا غيره وسلمته إليك وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي ألف غصبته منك وقال لا بل استقرضت مني ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتكه وفيه لا يلزم المقر شيء لأن المقر ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد فإذ لم يسلم له العبد عبدي ما بعتكه وفيه لا يسلم للمقر له بدله وفي هذا أيضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر أو يد المقر له فإنه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد ولو قال مع ذلك أي مع إنكار العبد إنما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا لأن المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره والمقر ينكره وإذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده وإن كان الثاني لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أو فصل لأنه رجوع عما أقر به فإن إقراره صح رجوعا إلى كلمة علي وإنكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لأن جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد أو طارئة كما إذا اشترى عبدا ونسياه عند الاختلاط بأمثاله يوجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط الثمن وإذا كان أول كلامه إقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وإن كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد المقر إما أن يصدق المقر في الجهة أو لا فإن صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي وإن كذبه فالمقر إما أن وصل بقوله لم أقبضه أو فصل فإن وصل فالقول قوله وإن فصل لم يصدق لأن أول كلامه موجب وآخره قد تغير لأنه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو إنما يصح موصولا والموعود بمعنى قوله وإن أقر أنه باعه متاعا إلى آخره وإنما عبر عنه بذلك ليعلم أن الحكم في المتاع حكم العبد قوله وبه لا يتأكد الوجوب أي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته لأن قوله فإن وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب **وقوله** وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح كذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فإنك لو قدرت كلامه فإن وافقه الطالب في السبب فيكون القول له لم يصح لأنه في بيان التعليل وليس فيه إشعار بذلك ويمكن أن يقال جزاؤه محذوف وتقديره فإن وافقه الطالب في السبب والحال أنه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ ابتعت منه بيعا أي مبيعا وفي بعضها عينا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف وفيه نظر فإنه إنما كان

كذلك

كذلك أن لو وجب تسليم المبيع أولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير ولو قال له علي ألف من ثمن خمر أو من ثمن خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أو فصل إذا لم يصدقه المقر له لأنه رجوع لأنه أقر بوجوب الألف ثم زعم أنه لم يكن واجبا عليه لأن ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا إذا وصل لم يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب لأن الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها وأداء ثمنها فيحتمل أنه بنى إقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كما إذا قال في آخره إن شاء الله وأجاب بأن ذلك تعليق لأن صيغته وضعت له والتعليق بين أهل اللسان متعارف كالإرسال وكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الإرسال مع صحة التعليق لا يلزم حكم الإرسال وهذا إبطال والإبطال رجوع والرجوع بعد الإقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي ألف من ثمن متاع أو أقرضني ألفا ثم بين أنها زيوف أو نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند أبي حنيفة وقالا إن قال ذلك موصولا صدق وإن قال مفصولا لا وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص لكن على أحد قولي أبي يوسف فإن في رواية عنه لا يصدق وإن وصل وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا إذا قال له ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير لأن اسم الدراهم إذا أطلق ينصرف إلى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لأنها تسمى دراهم مجازا فأمكن أن يتوقف صدر الكلام على عجزه فإذا ذكرهما آخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة ولأبي حنيفة أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن من احتمالات العقد فيكون دعواه بيانا بل رجوعا عن بعض موجبه وصار كما إذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا أن مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست من جنس الأثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواها رجوعا **قوله** وقوله إلا أنها وزن خمسة جواب عما استشهدا به ووجهه أنه ليس مما نحن فيه لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة فإنها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فإن قيل قد يستثنى الوصف كما إذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد أجاب بقوله لأن الرداءة نوع لا عيب فإن قيل فالجودة كذلك لما مر أنهما ضدان دفعا للتحكم أجيب بأن الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لأن العيب ما تخلو عنه أصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون ردية في أصل الخلقة وإذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لأنه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو ردية فليس في بيانه تغيير موجب أول كلامه فيصح موصولا كان أو مفصولا وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن المستقرض إنما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر أن التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف إلى المتعارف والمراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الأمالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية ولو قال لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الأصول فمن المشايخ من قال يصدق بالإجماع إذا وصل لأن اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها إلى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم فصار كما إذا بين سببه تجارة سواء ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ألفا ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غصب الجياد ولا في إيداعها بخلاف الاستقراض

فان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة أن الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا ان الصفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متنوعا كالبر الاحمر في الحنطة وقد لا يكون وحينئذ يجوز ان يكون متنوعا وعيبا والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان يكون الزيافة نوعا منها للتنافي بينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم يقتضها كانا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع هذا والله أعلم بالصواب **قوله** ولهذا اي ولان لا مقتضى له في الجياد لو جاز اذا المغصوب والوديعة بالعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق وفيه مفصولا لاعتباره بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما هو القبض وهو موجود فيهما ولو اقر بالغصب والوديعة ثم قال هي ستوقة او رصاص موصولا لا يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم كما مر لكن كلامه يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع والقرض والغصب الفا الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار وقد تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه **قال** ومن اقر بغصب ثوب هذه وقد تقدم وجهها ان الغصب لا يختص بالسليم قوله ومن قال لآخر أخذت منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقولك أخذت وشبهه او فعل غيره كأعطيت فان كان الاول واتى بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول أخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو الاقراض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه والآخر ينكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر **قوله** القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا اقر بان ذلك كان معروفا للمقر اما اذا كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول هنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة وقوله وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد انه باي طريق كان كما لو قال ملكت عندي لأن الآتي لم اقبض الشيء ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعه [illegible]

فقد

فقد أقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه مما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكر اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك تطبيق ما ذكرنا في المتن لتظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف تحسن الله بيان ان شاء الله وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح والله تعالى أعلم

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة **قال** واذا اقر المريض في مرض موته • اذا امرض المديون ولزمه ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل اذ الفرض فيه المضاف الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف مبايعة او مناكحة وانما يعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض يتضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا امتنع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حالة الصحة والمرض فانه لو كانا مستويين لما منع من التبرع والمحاباة في حالة المرض كما في حالة الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف في ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز ولبث يحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال لان الحال مما لا يوقف عليه قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا يبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون لبطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان فيمنع حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره **قال** ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح • الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه يمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء

بالعين ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين لأن في ذلك إبطال حق الباقين فلا يصح فإن فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي له ذلك لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب أن النظر لنفسه إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره قوله إلا إذا قضى ما استقرض استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه إذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة أو بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لأنه لم يبطل حق الغرماء وإنما حوله من محل إلى محل يعدله أرأيت لو رد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أكان يمتنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك إذا رد بدله لأن حكم البدل حكم المبدل فإذا اقتضت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه وإنما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته وإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره وإن كان بكل المال لعدم تضمنه إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر إذا أقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته فإن قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث بقوله عليه السلام الثلث والثلث كثير وذلك أقوى من قول عمر أجيب بأن ذلك في الوصية وما في معناها والإقرار للأجنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية لأنه به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه **قال** ولو أقر المريض لوارثه لا يصح ● وإقرار المريض لوارثه باطل سواء بعين أو بدين إلا أن يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في أحد قوليه يصح لأنه إظهار لحق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعياً في فكاك رقبته وصار كالإقرار للأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث كما إذا أودع أباه ألف درهم بمعاينة الشهود فلما حضره الوفاة الأب قال استهلكتها ومات والابن بقية الورثة فإن إقراره صحيح والألف من تركته للابن المقر له خاصة لأن تصرف المريض إنما يرد للتهمة ولا تهمة هنا ألا ترى أنه إن كذب بأن مات وجب الضمان أيضاً في تركته لأنه مات مجهلاً ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين وهو نص في الباب لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر وأراد به ما روي عنه إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا لأن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولأن حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين ويذكر ما أوردنا بالإقرار بوارث آخر وما أجاب به عنه ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا تخصيص إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في حالة الصحة لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فإن قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضاً لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً وهو السؤال المذكور به انتقاض هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح الإقرار **قال** وإذا أقر لأجنبي جاز وإذا أقر المريض لأجنبي صح وإن أحاط بماله لما بينا أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وكانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيداً لذكر القياس والاستحسان فإن القياس لا يقتضي جوازه إلا بقدر الثلث

لان الشرع

لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما مر إلا أنا قلنا لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فبعد الإقرار في الثلث الثاني ثم وثم حتى على الكل فإن قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ما له صح التصرف في الثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء ألا يصح أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضاً ثم وثم إلى أن يأتي على الكل فالجواب أن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده ولكن الثلث بعد الوصية ليس محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس إلا فافترقا **قال** ومن أقر لأجنبي إلى آخره ● المقر له إما أن لا يكون وارثاً للمريض أو يكون والوارث إما مستمر أو غير مستمر إما أن يكون وارثاً حالة الإقرار لا حين الموت أو لغيره وما لغيره فإما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أو لا وإما أن يكون أعني غير المستمر وارثاً في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية أوجه فيما لم يكن أصلاً صح إقراره بالإجماع وفيما كان وارثاً مستمراً لا يصح بالإجماع وفيما كان وارثاً حالة الإقرار دون الموت فإن كان الانتفاء لحجب كما إذا أقر لأخيه وهو وارث ثم ولد له ولد أو أسلم الولد الكافر أو عتق الرقيق صح الإقرار باتفاق أصحابنا لأن الوراثة بالموت فإذا لم يكن عنده وكان الأجنبي وإن كان لغيره كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثاً وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث لوجود تهمة الإيثار لقيام العدة فلعله استعجل ميراثها وباب الإقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الإقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الأقل فيثبت وفيما كان وارثاً حالة الموت دون الإقرار فإن كان لحجب كما إذا أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن بطل إقراره خلافاً لزفر اعتباراً بحالة الإقرار لأنه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما إذا أقر لأجنبية ثم تزوجها قلنا الإقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فبطل إقراره بخلاف الأجنبية فإنها لم تكن وارثة قبل التزوج وإن كان لغيره وقد استند السبب كما إذا أقر لأجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل إقراره وإن لم يستند كما إذا أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق أن بالمستند يتبين كون الإقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثاً في الحالين دون الوسط كما إذا أقر لزوجته ثم أبانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الإقرار عند أبي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لأنها ترث بسبب حادث بعد الإقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما ليس بمستند كما إذا أقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان أن الإقرار للوارث باطل لتهمة الإيثار فإذا وجد سبب الوراثة عند الإقرار وحدث التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الأول في تقرر صفة الوراثة عند الإقرار لأن التهمة لم تكن منفردة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الإقرار

فصل

ذكر الإقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الإقرار بالمال لقلته ولصحة الإقرار بالولد ثلاث شرائط أن يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر وأن لا يكون الولد ثابت النسب إذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وأن يصدق المقر في إقراره إذا كان يعبر عن نفسه لأنه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في دعوى النسب ولا يمتنع الإقرار به بسبب المرض لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت وإذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قال** ويجوز إقرار الولد بالوالدين هذا لما يجوز بيان ما يجوز الإقرار به وما لا يجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل جائز سواء كان إقراره بهؤلاء في حالة الصحة أو المرض لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة إقراره بالأم لصحته بالأب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للإمام سراج الدين والمصنف والمذكور في المبسوط والإيضاح وجامع الصغير للإمام المحبوبي أن إقرار الرجل يصح بأربعة نفر بالأب

والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور
ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه الى آخره وقال في المبسوط واقرار
المرأة يصح بثلثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب
على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان
الحق له او يشهد القابلة بالولادة اذا العرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد
مر في الطلاق **قوله** وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح
اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها ولا بد من تصديقهما ولا والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون
اخاها اخت المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة
بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار
النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح
وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح
باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت
بالارث وللقائل ان يقول من قبل ابي حنيفة ان يعارض ... لا بقاء العدة ... حالة الاقرار وانما ثبت
بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار وتبين ما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة ...
بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح ثابتا باعتبارها ... واما الارث فليس بلازم له لجواز ان تكون
المرأة كتابية فلم يعتبر ثابتا باعتباره **قال** ومن اقر بنسب من غير الولادة مثل الاخ والعم
لم يقبل في النسب لان فيه حمل النسب على الغير واما في الارث فان كان له وارث معروف قريب وهو اصحاب الفروض
والعصبات مطلقا او بعيد كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له هذا اذا
لم يثبت نسبه لانه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وبالاستحقاق
ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف
في ماله نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو اعطى جميعه استحق الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج الى بيان قوله
ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى
الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة وان كان المقر احد ابنين لم يثبت النسب ايضا والمقر
له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقراره يتضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك على
الغير في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة اذا اقر احد الابنين باخ
ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر
اقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق
والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية **قال** ومن مات وترك ابنين
ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون
بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما يحلف الاخ بالله
ما يعلم ان اباه قبض منه الخمسين ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء
انما يكون بقبض مضمون على ما مر ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء
عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا

أيضا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهو لا يجوز والجواب
ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوارث لم يشتمل على زعمه من الدين
الا الخمسون فلم تثبت القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة
كان في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتضادا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر
على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر
انهما تضادا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع بغير ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم
الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم
يقبض شيئا ولكنه تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد استنفد القبض في هذا المقدار فيرجع لتمام حقه
ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور وللقائل ان يقول اذا كان
من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه
مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه لم يرجع
الرجوع بظالم بل بطالب لتمام حقه

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد
وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وقد بيناه في التقرير وشرطه كون المصالح عنه
مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع
الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح عن ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه
الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط البعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع
من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم بالبيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعي المصالح عليه
منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره
ان كان مقرا وان كان منكرا الحكمة وقوع البراءة عن دعوى المدعي اصل المصالح عنه التمليك او لا وانواعه
بحسب احوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدل بناء على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه
ثابت بالكتاب والسنة **قال** الصلح على ثلثة اضرب الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى
اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه يسقط بقولنا
مجيبا وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير فانه بالحلاف مبينا ولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح
الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم
اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع
قوله ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقلا وقوله والصلح خير كان في للكلام فلم يكن ابتداء راجحة فان
قيل سلمنا ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح
من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق
في بعض المواضع بمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما او حرم حلالا وذلك حرام
غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة وهي حرام ولنا ما
تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول ما رويناه من الحديث وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين
وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا ينتفع والحمل على ذلك اوجه
لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا

يكون الآخذ ببعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضى بجوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الآخذ ولا شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر بخرج في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر وتصالحا على دنانير مؤجلة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه حقق لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس

قال فان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين فيجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لسقوطه وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي واصطلحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يبينه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ان المدعي يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف باخرى تقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فانه حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لانه دفع تفريغ الذمة وهو الاصل

قال واذا صالح عن دار اذا صالح عن دار عن انكار او سكوت لا يجب فيها الشفعة لانه يأخذها اي المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لا انه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يؤاخذ بما زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو يكذب واذا صالح عن اقرار واستحق

بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم ادى هو بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه منظور في دفع ما دفع كقطع الخصومة فاذا استحق زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو في حيز دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصته المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قائم مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجر لفظ البيع في الصلح اما اذا اجري كما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع وكذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى والله اعلم

قال وان ادعى حقا في دار هذه المسألة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا تسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لو وصل كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المصنف والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل في ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى **وقوله** برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسألة لانه قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب

للواحد فله أن يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لأنه أضاف البراءة إلى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا
ويعلم من هذا التعليل أن قول صاحب الذخيرة وله أن يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير الخاطب وهو ظاهر

فصل

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قال** والصلح جائز عن دعوى الأموال الأصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الإمكان فإذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر وإذا كان في معنى الإجارة لأن المنافع تملك بعقد الإجارة فكذا بالصلح وإذا صالح عن جناية العمد أو الخطأ صح أما الأول فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن أعطي له في دم أخيه المقتول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع أي فولي القتيل اتباع المصالح بدل الصلح بالمعروف أي على مجاملة وحسن معاملة وأداء أي وعلى المصالح أداء ذلك إلى ولي القتيل بإحسان في الأداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروي عن عمر وابن عباس فمن عفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة وأداء إليه بإحسان أي فليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس إنها نزلت في الصلح قوله وهو بمنزلة النكاح إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث أن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث أن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي وإذا كان في معناه فما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وإن صالح على ذلك أبدا لم يجز لأنه لم يصلح صداقا للجهالة فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقا وأنه إذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لأن كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم ولا بد للصلح في القصاص ليس كذلك فلم يكن العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر **وقوله** إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله إنما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن أي لكن إذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فإن كان الأول كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الولي ما رضي بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم إليه من النفس وهو الدية في مال القاتل لأن بدل الصلح لا تتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وإن كان الثاني كما لو صالح على خمر فإنه لا يجب عليه شيء لأنه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيان ولو سكت بقي العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب المهر المثل في الفصلين أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر لأنه الموجب الأصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه حكما قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وموضعه أصول الفقه وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح فإنه ما شرع إلا بالمال فإن لم يكن المسمى صالحا كان كأن لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فإنه لو عفي بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحا والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح أن وجوبه ليس من ضروراته ويدخل في إطلاق الكتاب الجواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جناية العمد الجناية في النفس وما دونها وهذا أي الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فإنه لا يصح لأن حق الشفعة حق التملك

وذلك

وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك فأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بحق ثابت في المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فإن ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا وإذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لأنه يبطل بالإعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فإن الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصح لأن حصته مجهولة لكن لا يبطل شفعته لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني إذا كفل عن نفس رجل فصالح المكفول له وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال وهل تبطل الكفالة روايتان في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص وبه يفتى لأن السقوط لا يتوقف على العوض وإذا أسقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا يبطل لأن الكفالة بالنفس قد تكون موصلة إلى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فإذا رضي أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا وأما الثاني وذكر جناية الخطأ فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا والأول إما أن يكون منفردا أو منضما إلى الصلح عن العمد فإن كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لأنه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية إذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ربا لأنه بدل القصاص ليس بمال فكان الواجب أن لا يقابله مال ولكنه أشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز بأي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح وإن كان منضما إلى العمد كما إذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صالح أولياؤهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف الألف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما إذا صالح عن مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لأنه مبادلة بها إلا أنه يشترط القبض في المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل أن قضى بمائة من الإبل ثم صالح أولياء القتيل على أكثر مما يقضى به جاز لأن الحق قد تعين بالقضاء في الإبل وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا **قال** ولا يجوز عن دعوى حد الأصل في هذا أن الاعتياض على حق الغير لا يجوز فإذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن يرفعه إلى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع إليه من المال لأن الحد حق الله والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام وإذا ادعت امرأة على رجل صبيا بيدها أنه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت إنه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لأن النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه وإذا أشرع رجل إلى طريق العامة فصالحه واحد من العامة على مال لا يجوز لأنه حق العامة فلا يجوز إفراد واحد منهم بذلك وقيد بقوله إلى طريق العامة لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح لأن الطريق مملوك لأهلها فيظهر في حق الأفراد والصلح معه مفيد لأنه يسقط حقه ويتوصل به إلى تحصيل رضى الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ووضعها في بيت المال لأن الاعتياض للإمام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح وحد القذف داخل في جواب الحدود لأن المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص **قال** وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا هذا ابتداء

على الاصل الا ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحها على مال بذله لها امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب وفي جانبها فان قام على الزوج بينة بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان تسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسألة وهي ما اذا ادعت امراة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواه على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا صح على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا فيما يقابله ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح التأخير في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد الماذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبد له اي للعبد الماذون له رجلا عمدا فصالح عنه جاز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي اي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا هذا اما اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه فصار كانه مملوك للولي ولهذا كان له ان يبايعه وهذا اي الصلح كالشراء وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح ونوقض بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا فصالح عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يدا واكسابه له بخلاف الماذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد الماذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتله لان ان يبيعه لشيء ما لم يعتق فكذا هذا

وكسبه

قال ومن غصب ثوبا يهوديا. اليهود قوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة فكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يبطل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا وقيد بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة اذا كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة وعندهما بمقابلة قيمة المغصوب قالا لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا او اختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد من اباقه

كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ماله في الثوب او العبد ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد والدراهم قائما والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده هو الاصل في الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورة لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين وبخلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربوا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسألة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل فحينئذ يصار اليها ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع المثل فحينئذ حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فعلى هذا اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدية على اكثر من عشرة الاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك لا يتوقف على الرضا فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه على ذلك كان لا يجاوز وبان البدل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن النفوس وعورض دليل ابي حنيفة بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك من الغاصب لم يجز ولو كان بمنزلة القائم حكما لجاز واجيب بان البيع يقتضي قيام المال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة. **قوله** واذا كان العبد بين رجلين الى اخره ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا او يسعى العبد. والله تعالى اعلم

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه. ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عن الموكل في رواية المصنف وروي عليه ما صالح عليه وهو المصالح الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي عليها وهذا كما ترى يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة وقال المصنف وتأويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا ان يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على الاطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لابد لنا في المسألة من قيد اخر وهو ان يكون الصلح في المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه مع الخصم

قال وان صالح عنه رجل بغير امره. وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ووجه ذلك ان الفضولي عقد الصلح على مال ان اقر بذلك المال ضمان نفسه او لا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما ان اضاف المال الى نفسه او لا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما ان سلم المال المذكور او لا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن يرد وجهان اخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا او منكرا وكل منهما اما ان قرن به التسليم او لم يقرن وذكر وجها حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه اخر اما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصلح ان يكون اصيلا في هذا الضمان اذا اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من

جانب المراد اذا اضرّ المال ويكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين
بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى اي لا يصير الدين المدعى
به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده لتعيّنه في ذمته لان تصحيحه بطريق
الاسقاط ممكن لا بطريق المبادلة فاذا اسقط لم يبق شيء فاي شيء يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في
ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لانه
في زعمه انه لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح
مشتريا ما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه وهو لا يجوز
وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقر فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير
امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر
انه لو قال في العقد موقوف اختاره بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الف ينفذ على المصالح
والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على الف درهم من دعواك على فلان فانه يتوقف على اجازة المدعى عليه فان
اجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج
الى شرح

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم
قال وكل شيء وقع عليه الصلح بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد
المداينة لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي وقيد بعقد المداينة وان كان خلاف
الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح كمن له على آخر الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على
خمسمائة ولمن له على آخر الف درهم كذلك فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان العاقل يتحرى لتصحيحه
ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسألة الاولى وللبعض وصف في
الثانية ولو صالح عنها على الف مؤجلة صح وحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة
بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا فان لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل
الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في
الدين في مسائل الصلح لا يخرج عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز
وكذا اذا كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا
بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء البعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة
مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا سأل ابن عمر
رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا لان حرمة ربوا النسيئة
لشبهة مبادلة المال بالاجل فحقيقته ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز
ولو كان بالعكس جاز والاصل ان المستوفى اذا كان دون حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان ازيد قدرا
او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن جعله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة
وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل اذا كان حقه الف درهم نبهرجة فصالحه على الف درهم جيدة فقد تبدل المال
فهو اجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة اجاب بقوله بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو
اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت
في مقابلة ما اذا كان ربوا كالمسألة الاولى فانها قوبلت خمسمائة من السود وهو ربوا واما اذا لم تقع فلذلك
صرف والجيد والرديء فيه سواء ثم ابتدأ ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة

او مؤجلة

او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت حالة واسقاطا للدنانير واجلا
للباقي اذا كانت مؤجلة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط فيها
اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة **قال** ومن له على آخر الف درهم • ومن له على آخر
الف درهم حالة فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل فهو
بريء في الحال ويجوز ان يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة
عاد عليه الالف كما كان في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لانه ابراء مطلق
اذ ليس فيه ما يفسده الا جعل اداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا
لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى وجوده
اي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة
من الالف على ان تؤدي غدا خمسمائة ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بالشرط يفوت بفواته اي عند فواته فان
انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه ثابت لبقائه على العدم الاصلي وموضعه اصول
الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ باداء خمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة
اربح فصلح ان يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة
فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه
وكانه منهما فوقه بموجب العلة اي سلمنا انه لا يصح ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي ان يكون مقيدا بوجه آخر وهو
الشرط قوله او لانه متعارف معطوف على قوله لو وجد المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود
المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بان يكون تعجيل البعض مقيدا لابراء الباقي والمعروف عرفا كالمشروط
شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به
جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول لغريمه او كفيل اذا اديت او متى اديت وان اديت الي خمسمائة فانت
بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى
اما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق يستعمل فيه ذلك واما معنى فلان في التقييد
به الحكم ثابت في الحال على عرضية ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية
ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف
صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر
التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشروط وتعليق التمليكات به لا يجوز كالبيع والهبة
لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبه بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق
بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا
لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بالشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر
قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان
براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله وتخريج المسألة
بالابراء وعد بالجواب عما قال ابو يوسف رحمه الله كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه
ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية رحمه الله في حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين في تعليق
الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدأ بالاداء او لا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون
صريحا عند عدم الوفاء بالشرط او لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم
يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء او لا فان بدأ فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ به فلا يخلو اما ان بدأ ب

بحرف الشرط أو لا فإن لم يبدل فالوجه الرابع وإن بدا فهو الخامس أما الوجه الأول فقد ذكرناه والوجه الثاني
ظاهر مما تقدم والثالث وهو الموعود بإخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزول بالشك فإذا قدم الأجل
حصل مطلقا ثم بين كونه بعده وقع الشك لأنه إن كان عوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الإطلاق وإن كان
شرطا تقيد به وزال الإطلاق فإذا وقع الشك لم يبطل به الثابت أولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه
أن لم يتوقت للأداء وقتا ظهر أن أداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الأزمان فلا يصلح أن يكون
في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق إلا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد
تقدم أن الإبراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك علي حتى تؤخره عني أو تحط عني بعضه ففعل
أي أخر أو حط جاز عليه أي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال إن أخر وأبدا إن حط
لأنه ليس بمكره لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف لا يقال هو مضطر فيه لأنه إن لم يفعل لم يقر لأن تصرف المضطر
كتصرف غيره فإن من باع عينا بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا ومعنى المسألة إذا قال ذلك
سرا أما إذا قال علانية يؤخذ بجميع المال في الحال

فصل في الدين المشترك

أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد **قال** وإذا كان الدين بين الشريكين إذا
كان الدين بين الشريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه
وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين فإنه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم
أو شريكه القابض وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه
في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما لأن الدين ازداد خيرا بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة
القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك فإن قيل
لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين
التصرف في الولد والثمرة بغير إذن الآخر أجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض
فيه باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه
ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة
وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان
عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا
بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما وجب
على المطلوب بسبب آخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفى
بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يزاد على هذا ويقال إذا كان صفقة واحدة بشرط
أن يتساويا في قدر الثمن وصفته لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة
ونصيب الآخر خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية
في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن المشتري إن يقبل البيع في نصيب أحدهما وكذلك لو
اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر أن
يشاركه فيما قبضه لأن التسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف
إنما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الأصل قال
إذا عرفنا هذا أو نزل عليه مسألة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من
الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لأنهما لما
اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة **قال** ولو اشترى أحدهما

بنصيبه

بنصيبه **و**لو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك
مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين
ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كاملا من غير حطيطة وإغماض لأن مبنى البيع على المماكسة فلا
يتوهم فيه الإغماض والحطيطة بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك فلو ألزمناه بالصلح بعض ربع الدين
البتة تضرر بتحير القابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة
البيع سبيل لأنه ملكه بعقده فإن قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان بعوض دين مشترك وذلك
يقتضي الاشتراك في المعوض أجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني أن
الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في
ذمة المشتري والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد إن تحققت لا تنافي ذلك لأن
النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين في العقود وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل
القبض لأنها لزمت في ضمن المعاقدة ولا معتبر لها وأما الصلح فليس يلزم بجنس في ذمة المصالح حتى يقع المقاصة
به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان للشريك من المشاركة فيه وللشريك أن يتبع الغريم
في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه لأن
حقه في ذمة الغريم باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه لئلا
ينقلب ماله ما عليه فإنه خلف باطل فلو سلم الشريك للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشاركه
القابض في الفصول الثلاثة لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما إذا أمات المحال
عليه مفلسا فالمحال يرجع على المحيل لذلك وإذا كان على أحد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك
فالتقى بذلك لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما
إذا القضاء يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض
ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأ
أحد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو أخر أحدهما عن نصيبه
صح عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة
الكتب حيث ذكر قول محمد رحمه الله مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على
رواية لمحمد مع أبي حنيفة رحمهما الله أبو يوسف اعتبر التأخير لكونه إبراء مؤقتا بالإبراء المطلق وهما لا
يلزم قسمة الدين قبل القبض لا يجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض
ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز عن الآخر أو لا فإن تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن
بعض وإن لم يتميز بطل قولكم لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا والجواب عنه أن تأخير البعض
فيه يستلزم التمييز بدليل ما يوجبه فيما يتحمل ذلك فيه معنى قوله لا امتياز أحد النصيبين لا يستلزم التأخير
الامتياز فإن قيل وقد جوزتم إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا
لا فيما يتحمل فيه ذلك أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود
فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة أمرا وجوديا لزم ما ذكرتم وإنما هي دفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما
شئت فسمه وذلك عدمي فلا نسلم أنها تقتضي وجود النصيبين لأنا نقول القسمة إفراز أحد النصيبين لكل
المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار
للموضوعات الأصلية ولو غصب أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لأن ضمان
الهالك قصاص يقع به من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للأول وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه

دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ما له حكم المال من كل
لان ما عدا منافع السكنى من المنافع جعل مالا من كل وجه عنده ورود العقد عليها وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي
يوسف وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيب المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه
فان للشريك ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب والمديون
صار قاضيا نصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف رحمه الله انه متلف نصيبه بما صنع
لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان من نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من
الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع
عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حقه شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه يملك به البضع
وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف انه يرجع لان التزوج
وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قصاصا بالاول
فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة
بل اتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطأ يرجع عليه واطلق في الايضاح فقال ولو جرحه
موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وارى انه قيد بذلك
لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء **قال** واذا كان السلم بين شريكين
اذا اسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح احدهما المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال ليفسخ
عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز جاز وكان المقبوض
من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وقال ابو يوسف
رحمه الله جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز
وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا وبما
اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة
ومحمد وجهان احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان
الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة
وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة للآخر لئلا يلزم نقض نصيبه **قال** خلاف
شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين بجواب
فانا اذا اخترنا فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين
في الذمة واستظهر المصنف رحمه الله بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في
ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني
انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا
شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر
وقد كان ساقطا بالصلح فيعود بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين
المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فان شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على
الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه لا يعود ذلك الدين واحداه تؤدي بتقرير المد
لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها
وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب قالوا اي المتأخرون من مشايخنا
هذا الاختلاف بين علمائنا انما هو اذا خلطا راس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا

فقال

فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله
والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مخلوطا او
غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله
لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار شركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل
بما يخصه من راس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط
راس المال او على الاطلاق ان محمدا رحمه الله ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في
كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط ان الآخر لا يشركه فيما قبض المصالح في قول ابي يوسف رحمه الله
ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق قيل وليس
بسديد لان الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما
خلطا ولم يخلطا والله تعالى اعلم

فصل في التخارج

التخارج من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخيره
قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة
ذلك عند رضى غيره به وله شروط تذكر في اثناء الكلام وتصوير المسألة ذكرناه في مختصر العو
والرسالة **قال** واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم • واذا كانت التركة
بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قليلا كان
ما اعطوه او كثيرا وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هناك شروط سنذكره وهذا لانه
امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان الابراء عن الاعيان
غير المضمونة لا يصح فان قيل لو كانت بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان
جهالته تفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لامتناعه عن التسليم
الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى تسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار كمن اقر انه غصب
من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة
المصالح عنه اثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى
نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من
الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رضي الله عنهم في ميراثها
ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين
جزء فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب
ثلاثة وثمانين الفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين الف دينار
وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي
لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا
لكونها في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح
والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب احدهما مناب
الآخر واما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان في يده بقيتها مقرا
فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن
قبض الصلح كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على احد النقدين فلا بد ان
يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية

التركة فان كان مساويا لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا أما اذا
كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم واذا كان
مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء أيضا لما مر
ولابد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان
الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصادق أما اذا ادعت ميراث زوجها وأنكر الورثة
الزوجية فصالحوها على أقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ لقطع المنازعة
ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل أو كثر وجد التقابض
وجد التقابض في المجلس أو لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيف ما كان
صرفا للجنس بخلافه كما في البيع لكن لابد من القبض في المجلس لكونه صرفا **قال** واذا
كان في التركة دين على الناس • واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا
من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا أما في الدين فلان فيه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في
الجواز أن يشترطوا على ان يبرئ الغرماء منه ولا يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط
أو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي
الوجهين ضرر ببقية الورثة أما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء
وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة
والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء
نصيبه على الغرماء ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون
وقيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الامام الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله
بان كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وقيل يجوز
• وهو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس واذا •
• كان فيحتمل أن لا يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة •
• وليست معتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان •
• غير معلومة فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك •
• قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح أن يكون ابراء •
• لان المصالح عنه عين والابراء •
• عن العين لا يجوز واذا •
• كان بيعا كانت •
• الجهالة •
• مانعة •
• وقيل •
• يجوز •

يجوز وهو الاصح لانها ليست مفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فما ثمة
احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره
ولم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما أن يكون مستغرقا أو غيره ففي الاول لا
يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يتملك التركة وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا
دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخي رحمه الله انها لا تجوز
استحسانا وتجوز قياسا ووجه الاستحسان أن الدين يمنع ملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول
بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فيقسم
نفيا للضرر عن الورثة • والله • تعالى • اعلم • بالصواب

• تم الربع الثالث على التمام ويليه ـــــــ واليه المرجع والمآب •
• الربع الرابع كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى بخير •
• وصلى الله على من لا نبي بعده سيدنا محمد وآله •
• وصحبه اجمعين ولا حول ولا •
• قوة الا بالله العلي •
• العظيم استغفر •
• الله •
• تم

تم الربع الثالث
من كتاب العناية شرح الهداية
للشيخ العلامة أكمل الدين ويليه
الربع الرابع كتاب المضاربة ان شاء
الله تعالى

الربع الرابع كتاب المضاربة

قال رحمه الله قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا نحتاج إلى الإعادة والمضاربة مشتقة من
الضرب في الأرض وسمي هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى
وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال إلى من يتصرف فيه
ليكون الربح بينهما على ما شرطا وهي مشروعة للحاجة إليها فإن الناس بين غني بالمال وغبي عن التصرف
فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد أي خالي اليد عن المال فكان في شروعها انتظام مصلحة الغبي والذكي
والفقير والغني وفي الحقيقة راجع إلى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور
بتعاطيها وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة
أو خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بقوله
وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد
الربح **قال** ولبعث النبي صلى الله عليه وسلم بيان أن ثبوتها بالسنة والإجماع فإنه عليه السلام
بعث والناس يباشرونه فقررهم على ما روي أن العباس بن عبد المطلب كان إذا دفع مضاربة شرط على
المضارب أن لا يسلك بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشتري به ذا كبد رطب فإن فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمرا يعاينه من أقسام السنة على ما علم
وتعامل به الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان إجماعا **قال** ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في
يده المدفوع إلى المضارب من المال أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل
كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة وكيل فيه لأنه يتصرف فيه
بأمر مالكه فإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله وهو شائع فيشركه وإذا فسدت
ظهرت الإجارة لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله فيستحق ما شرط من الربح كالأجرة على عمله فلهذا ظهر
معنى الإجارة إذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك إنما يكون في الإجارات وإذا خالف كان غاصبا لوجود
التعدي منه على مال غيره **قال** المضاربة على الشركة هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح
وكان فيه نوع خفاء لأنه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيما فسره المصنف بقوله ومراده الشركة
في الربح أي لا في رأس المال مع الربح لأن رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل
من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أي بدون الشركة إشارة إلى انتفاء العقد بانتفائها لأن المضاربة عقد
على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب
كان قرضا ولا تصح المضاربة إلا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند
أبي حنيفة وأبي يوسف أو فلوسا رائجة عند محمد وبما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة
ولو دفع إليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأن عقد المضاربة يقبل الإضافة من حيث إنه
توكيل وإجارة يعني أنه مشتمل على التوكيل والإجارة بالرأي وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان في المستقبل

فيجب

فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا إذا قال للمضارب اقبض مالي
على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا إنه يقبل الإضافة بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك
إلى فإنه لا تصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج أما عند أبي حنيفة فلأن هذا التوكيل لا يصح على
ما مر في البيوع أي في باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره
أن يشتري بها هذا العبد إلى آخره وإذا لم يصح كان المشترى للمشتري والدين بحاله وإذا كان المشترى للمشتري
كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فلأن التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشترى
للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز **قال** ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا ومن
شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك
ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جوازها مناف له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر
ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع
الشركة وهذا أي وجوب أجر المثل لأنه عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد
العقد ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه فتعين أجر المثل
وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف
قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لأن ذلك يعتبر المشروع وكان وجوده كعدمه وقال
محمد يجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجير وأجرة الأجير تجب
بتسليم المنافع كما بينا في الشركة واحد فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه أو بتسليم العمل كما في الأجير
المشترك وقد وجد ذلك وعن أبي يوسف لا يجب له شيء إذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فإنه فيها
إذا لم يربح لا يستحق شيئا مع أنها فوق الفاسدة ففي الفاسدة أولى فإن قيل ما جواب ظاهر الرواية
عن هذا التعليل فإنه قوي فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد وأجيب
بأن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة
تنعقد شركة لا إجارة والفاسدة تنعقد إجارة فيعتبر بالإجارة الصحيحة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل
وإن تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين
أحدهما الاعتبار بالصحيحة والثاني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به وهو لا يضمن كأجير
الوحد وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الوحد من حيث إنه أجير لا يمكن له أن يؤجر
نفسه في ذلك الوقت لآخر لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجرا لمستأجرين في الوقت كما لا يمكن أجير
الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهو قول أبي جعفر الهندواني وقيل المذكور ههنا
قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على
أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والأجير المشترك
لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافا لهما قال الإمام الإسبيجابي في شرح
الكافي والأصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت
أو فسدت أمانة لأنه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله
أمينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة أراد أن
يشير إلى ذلك بأمر جملي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط
أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها فإنه يفسد العقد لاختلال
مقصوده وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الأرض

والمذار وكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال او عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة والربح لم يفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح ويجوز ان يقال زيادة المعقود وليس بصير وقوله بعد هذا خطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه **قال** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف او عمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب ولا بد من التخلص للعامل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسدة لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فان كان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال ولا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما جزءا من المال جائز وان كان الثاني كالماذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يده تصرفه ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة **قال** واذا صحت المضاربة مطلقة ● المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ابي يوسف ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة انه ان دفع اليه في بلد المضاربة ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده لانه ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله ولا يرد جواز اذن الماذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستاجر والاعارة للمستعير فيما لا يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي يجيء في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهما دونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بماله نفسه فمن صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برايك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح

تحصل

تحصل بها فائدة دون جهة الجواز فينبغي ان يرجح على جهة العدم اجيب كلا من جهتي الجواز صالحة للغلبة فلا يترجح غيرها الا بها كما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة من جهة صيانة المال عن خطر الطريق وجنايات المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها لتوفير ما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر رده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حالة لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بتجديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما لم يتحقق بالشراء والعرض خلافه وانما قال رجع بناء على الاحتمال على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت والامر واضح حيث ضمنه بنفس الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه فيه وبعض اخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفى حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه وتوقف عما لو قال على ان تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره لذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقص فان البيع نقدا انفع كان ثمن النسيئة خيرا ليس الا فكان التقييد مضرا واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر حكما فانه اذا شرط الحكم الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه **قال** ومعنى التخصيص ذكر الفاظ الفاظ تدل على التخصيص ● وتقدير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بصيغة الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها يفيد التخصيص واثنان منها يعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا او في مكان كذا او قال خذه تعمل به في الكوفة نحو وما ومر نوعا وكلام المصنف يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة

او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا
يصح الابتداء به حيث لا يصح ان يبتدأ بقوله على ان تعمل كذا او بقوله تعمل بالكوفة او بغيرهما وهو واضح لكنه
يصح جعله متعلقا بما تقدم فيجعل قوله على ان تعمل شرطا والمقيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر
وقوله وتعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة **وقوله** فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيهما
للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق
ومقتضى الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو بكون العمل فيها واذا قال دفعت
اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو فقد اعقب ما يصح الابتداء به اما بغير الواو
فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة لانه قال ان فعلت كذا كان انفع
فان قيل فلم لا يجعل واو الحال كما في قوله اد الي الفا وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل
انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه
مفيد الزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي
التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة
وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان
وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو
الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره وهذا هو المراد عرفا لا ما وراء ذلك يعني غير المكان في الاول
والنوع في الثاني دليل على التقييد وتتميم الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ
الاهل ان يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة
العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم تختص المعاملة
في الصرف بشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل ذلك على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك **وقوله**
وكذلك لا يتحقق ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان
قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال ○ وليس للمضارب ان يشتري من
يعتق على رب المال وذلك لا يتحقق شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى
الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا
وذلك لان الربح المحتاج الى التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله
اشتر لي عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح
لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف
البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار
مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف
وقوله متى وجد نفاذا احترازا عن الصبي والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى
ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على
المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة دينا عليه واما شراء من
يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان يكون في المال ربح او لا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق
عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة او يعتق
الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزي الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم
ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة وان لم

بكن

يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فيه فاذا ازدادت قيمتهم
بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن رب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة
اي نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما ورثه مع غيره كامراة اشترت ابن زوجها فمات
وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب
رب المال من العبد وهو راس المال وحصته رب المال من الربح لانه احتبس ماليته العبد فيسعى
العبد فيه كما في الوراثة **قال** وان كان مع المضارب الف بالنصف ○ وان كان مع المضارب ب
الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام
الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف وخمسمائة وان شاء
اعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب
دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باختلاف اليسار والاعسار
وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر
لصدورها من اهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها امة البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه
لكنه اي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق براس
المال كما في المضاربة اذا صار اعيانا كل واحد منها يساوي راس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين
كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون
الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال قبل الولد فيبقى لذلك
وينبغي ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي
الفا كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح واجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها
راس المال فان راس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى
بذلك من الآخر فاشتغلا براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والفرسان جنس واحد
يقسمان جملة واحدة واذا اعتبر جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد
يكون بينهما على حاله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب
المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح وكان كل واحد منهما مشغولا براس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام
على مقدار راس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها
لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة
الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك
بحدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار يجوز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه
يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من
قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف
الى آخرهما وجودا اصله مسألة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق
يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بنفي الضمان بقي احد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعى
لاحتباس ماليته عنده وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه
في الف وخمسمائة لان الالف مستحق براس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا
القدر وقيل لم لا يجعل الجارية راس المال والولد كله ربحا واجيب بان ما يجب على الولد بالسعاية من جنس
راس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الالف من السعاية لراس المال انسب للتجانس وفيه نظر

لانا اذا جعلنا الجارية راس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجب قيمتها على المضارب وهي من جنس راس المال
ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف الماخوذ من الولد لما استحق راس
المال لكونه مقدما في الاستيفا على الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب
رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك
وقد حصل كما اذا استولد الجارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج
جارية اخيه فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ اخر فملكها الزوج بغير صنعة ويضمن نصيب
شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعة
وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك اخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف
العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب والله تعالى اعلم

باب مضاربة المضارب

مركبة فاخرها عن المفردة ● اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره
مضاربة ولم ياذن له رب المال فروى الحسن عن ابي حنيفة انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني
حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد وهو ظاهر
الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو
الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع ولا يملكه ولهما ان
دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اي موقوفا فان عمل ضمن الاتلاف
ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة
بهما الا اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك
اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما
ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة واطلق القول ليتناول كلامهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية او
كلتيهما جميعا لم يضمن الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت
الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد بجواز
الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما يجوز به المضاربة
في المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح ومائة مثلا وللثاني نصفه **قوله** ثم ذكر في
الكتاب يعني العيون وروي قضي الاول لم يذكر الثاني قيل اختيارا منه لقول من قال من المشايخ ينبغي ان لا يضمن الثاني
عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين
الاول والثاني في هذه المسالة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسالة ومسالة مودع ووجهه ان المودع الثاني بصنعه لمنفعة الاول
فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول
صحت المضاربة الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما
اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في
المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وها هنا قال لانه عامل للمضارب
الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث
انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة
نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلانا نقض بينهما حينئذ ولانه مغرور

من جهته

من جهته في ضمن العقد فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن المعاوضة والمغرور في ضمن العقد
يرجع على الغار وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء
ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
ولا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق **قال** فان دفع اليه رب
المال مضاربة بالنصف هذه المسائل الى اخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما ذلك
للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقد بين الاثنين
انه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه
وانما قال غرم في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لاخر هذا الطريق امن
فاسلكه ولم يكن امنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه **قال** لما كان للمضاربة
تعلق ادخال عبد المضارب او رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال واذا شرط المضارب لرب المال
ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز فقوله ولعبد رب المال في مقابلة
شيئان عبد المضارب والاجنبي ولم يحترز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال
فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا
وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل
الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب
لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان رب المال فالمشروط
لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرط ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على
العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا او لان للعبد
يدا معتبرة لا يكون للمولى ولانه اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا
اذا كان ماذونا له يجوز بيع المولى من عبده الماذون يعني اذا كان مديونا على ما يجي واذا كان له يد معتبرة لم يكن
اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم
على ما مر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لانه كسب العبد للمولى
اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو للغرماء لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شي
وقوله على ان يعمل العبد معه احترازا عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما ان يكون على العبد دين فان
لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لما ذكرنا
من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه
دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب
المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة اذا كان على
العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرط
ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا
معتبرة لا سيما اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا او لان للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولانه اخذ
ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له يجوز بيع المولى
من عبده الماذون يعني اذا كان مديونا على ما يجي واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية
بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة
والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لانه كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين

فهو للغرماء وهذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون له الى آخره ظاهر والله اعلم

باب عزل المضارب

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح الى الازالة ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل **قال** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة اذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة وورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان في المضاربة واما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال وكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبني على صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث فلا يتوقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة خلا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة لان حكم العهدة متوقف بردته لانه لو لزمته لقضي من ماله ولا يتصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول ابي يوسف ومحمد حاله في التصرف بالردة كهي قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال **قال** وان عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع صح تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه فاذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا او نسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تنبني على رأس المال بتمييزه ورأس المال انما ينض اي ينقد ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا آخر لان العزل انما لا يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير نقد نضت فلم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المصنف هكذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعه بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض **قوله** وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب فلا لكونه بمنزلة الاجير واجرة الربح وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فان قيل رد رأس المال على الوجه بعينه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب بانا لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فيضيع حق رب المال قال في الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل

والمراد

والمراد به الوكالة وكان في الكلام استعارة ومجوزها معروفة وهو اشتمالها على النقل وانما فسره بذلك لان الحوالة ربما توهم ان رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء وانما البياع والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا او شرى فانهما يجبران على التقاضي لانهما يعملان بالاجر عادة واذا وصل اليه اجره اجبر على تمام عمله واستحقاره فيما يخلوا عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعد وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشرة كلمات وكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد **قال** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين وصول رأس المال قال صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه او قال فرائضه ولان رأس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما ثم اذا الان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما عدل رأس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذه منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم رأس المال

فصل آخر

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة للافادة وبناها على مقصودية افعال المضاربة بالاعادة **قال** ويجوز للمضارب ما كان من صنيع التجار دينا وله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشرين سنة وجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا كان عاما كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز اما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكريها اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا بعادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع بنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضية ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة وكذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته واما عند ابي يوسف فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نساء كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان الثاني ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي في مال اليتيم فان تصرفه نظري ولا بد وان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بانواعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه حيلة من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة **قال** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر قال رب المال تصرف

في مال نفسه بغير وكل اذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتدا ولنا ان
الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع
توكيل لانه استعانه ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فبرب المال اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردادا
بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لانه يمنع التخليه فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب
المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله اجيب بان رب المال بعد التخليه صار كالاجنبي عن المال لتحاد توكيله فان قيل لو كان
كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجابة بقوله وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان
المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزنا ادى الى قلب الموضوع
ولقايل ان يقول رب المال اما ان يصير بالتخليه كالاجنبي فلا فان كان الاول جازت المضاربه وان كان الثاني
لم يجز الابضاع فالقياس يمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي **قوله** جازت المضاربة قلنا
ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه
فان الوكيل قد يجوز ان يكون وكيلا وليس المال له وان لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل
به المضاربه ولم يذكر ذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع
رب المضارب لان رب المال ان اخذ من مال المضاربه من منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان راس
المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم يوجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا
لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار راس المضاربة وان صار راس المال عرضا لا يكون نقضا
لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضا لم يعمل فهذا اولى **قال** واذا عمل المضارب في المصر
فليس نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء او كرا في مال المضاربة لا
فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل او المستبضع
عامل لغيره بامره او بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق اخذها ولا النفقة في المال الذي يعمل به
الا انا تركنا فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل
له بدل مضمون في ذمة المستاجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا
الربح وهو في حيز التردد قد يحصل فلو انفق من ماله فيتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ
شيئا للنفقة وهو مسافر فعدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل
معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر اما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت
باهله فان كان كذلك فهو في منزلة السوق في ذان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة
ما تصرف للحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء او كراء كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من
معدان نهر المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز
فان التخص اذا كان طويل الشعر وسخ الثياب في حوايجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار ما به تكثر الرغبات
في المعامله معه من جملة النفقة والدوا يدخل في غير ظاهر الرواية لانه صلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب
٥ **قال** واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من مال المضاربة فان باخذ رب المال
راس ماله كاملا فيكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال واذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا فاذا
باع المضارب المتاع يعد ما انفق مرابحة حيث ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار
لا يحتسب ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها
بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدان على رب المال وهذا المقام لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها
بعد مرتهنه بقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد وعند ابي حنيفة لان
الصبغ عين قايم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة **وقوله** اعمل برايك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب

حصة

حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان
باعه مرابحة فسر الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي
على المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قايم بالثوب ولم يزد به الثوب ولهذا اذا
فعله الغاصب فان زادت القيمة به صاح فعله وكان للمالك ان ياخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المصبوغ لم يضيع بل يخير
رب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب
ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه فان قيل
المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان
الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا
فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان
ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج من كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة
لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك **فصل اخر** هذه مسائل
متفرقة تتعلق بمال المضاربة فذكرها في فصل على حدة **قال** فان كان معه الف ما ذكره المصنف
واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للبايع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على
المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبايع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام
في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب
وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة ارباعها لرب المال فاذا
هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع
الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين فيكون الضمان
منافيا لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة بالربعة الاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلاثة الاف
فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال لا يبطل المضاربة ولا يصلح مما يضمن بل يلحق براس المال واذا كان كذلك كان
راس المال في ذلك الفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين **قوله** وان كان معه الف معناه واضح وبه
تعتبر المقصود لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على
العبد وقوله لان فيه شبهة العدم اي عدم الجواز لانه لم يزد بدعوى ملك رب المال عبدا كان في ملكه ولم يستفد
الا لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسمائة لثبوته من كل وجه
والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله **قال** فان كان معه الف بالنصف
فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجل خطا كان الفدا والدفع اليهما فان دفعا بطلت المضاربة
لهلاك مال المضاربة وان فدياه فثلاثة ارباع الفدا على رب المال وربعه على المضارب لان الفدا مؤنة
الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا لان راس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا
عتق الربع ان كان العبد قريبه والالف هو راس المال وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كان عينين فانه لا يظهر
الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بينا انه صار مضمونا
عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفدا عليهما فانه يتضمن
انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفدا ماخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني به اما اذا ضاع
الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والدفع والفدا
ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولان العبد كالزايل لانه انتحى بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي
بالهلاك فان دفع الفدا كان ابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال

تلفه ايام بخلاف ما تقدم من قوله ما تقدم في المسألة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الالفان فان العقد فيها على المضاربة فانه
كان معه الف فاشترى بها عبدا فهلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون راس المال
جميع ما يدفعه لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل
ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض
المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة
اخرى الى ان يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشرى وهلك بعد الشرى
فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه
ببيع المغصوب فانه يصير وكيلا فلا يبرا عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر امينا
وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو قد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبر اجتماعهما وليس فيما نحن فيه
سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا يسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب الفا فضارب المغصوب منه
الغاصب وجعل راس المال المغصوب كان كصورة الوكالة ولم ير في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعا
للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان المقصود
المصنف دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق
الموكل اذا رجع عليه بالف اخرى اصلا اما هنا فحق المال لا يضيع لانه يلتحق براس المال ويستوفيه من الربح وحمله
على الاستيفا يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع
على المشتري وقوله ولو غصب الفا الى آخره لم يثبت فيه رواية تحوج الى الفرق بينهما **وقوله** في الوكالة للفرق بين ما
اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع
اصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف

اخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف والرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين **قال** وان كان مع المضارب الفان فقال
رب المال والمضارب اذا كان في مقدار راس المال مثل ان يقول المضارب ومعه الفان دفعت الي الفا وربحت
الفا وقال رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع وقال القول
للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب
او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك اي مع الاختلاف في راس المال
مثل ان يقول رب المال راس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف والمشروط نصفه
فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني وفي راس المال للمضارب كما كان اما في راس المال فلما مر من الدليل واما
في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة
كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت بينة رب المال على في راس المال
كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول
لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته يعني جزءا من الربح او الشركة فيه
وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب
لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في
الاول ثم اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض
والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لانهما تصادقا على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي على المضارب
الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان اقاما لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص
فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر

وكذا

وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره دالا على نهيه له عن العموم وله ان ينهى عنه قبل التصرف اذا ثبت منه
العموم نصا فههنا اولى وان كان بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان
المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل انه لو
قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح
العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكا بالاصل فكان
القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته
والبينة بينة المضارب قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة على صحة تصرفه
ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبيان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان
ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الآخر اولى لان آخر الشرطين
ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على التساوي او وقت احدهما دون الآخر فالبينة لرب المال لانه تعذر
القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الدلالة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما يعمل ببينة رب المال
لانها تثبت ما ليس بثابت

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول الاقرار ثم ذكر بعدها العارية والهبة والاجارة ثم
للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شي وفي العارية تمليك المنفعة
بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد
لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله واعانة
عباد الله واستجلاب الاجر والثنا على ذلك وسببه تعلق البقا المقدر بتعاطيها من حيث المعاضدة وقد ذكر
مرارا وشرعيته بقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها باطلاقه وتفسيرها لغة
الترك الودع وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها
اودعتك هذا المال او ما قام مقامها فعلا كان او قولا والقبول من المودع حقيقة او عرفا فان من وضع
ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمة
فضاع كان ضامنا لان هذا قبول للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع
عقد استحفاظ وحفظ الشي بدون اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهوا والعبد الآبق غير صحيح وحكمها
كون المال امانة عنده **قال** الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح
هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح
في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص فالوديعة امانة في يد المودع اذا
هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان
والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب
الحديث انه قول شريح ليس بمرفوع واجيب بانه مسند عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى
الله عليه وسلم ولان بالناس حاجة اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل
المصالح وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقته
فحسب فان المراة اذا اودع عندها شي جاز لها ان تدفع الى زوجها وان المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم
يكن في نفقته وترك الابن في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن لمن لا يعلم من عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ
ثم ضمن وهذا اذا لم يعلم الدفع اليهم لان الظاهر انه يلزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه
وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد

ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله ولانه دليل آخر على ذلك وهو ان المودع لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا اي معلوم للمودع فيكون راضيا به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج او في غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته او اودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال ان الايدي تختلف في الامانة قيل هذا انما فسر قوله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له ان يستودع ماله عند غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وخطاه ظاهر لان قوله الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الاستيداع استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم المالك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك والوضع في جواز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استأجره فيكون حافظا بنفسه **قوله** الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره او الالقاء الى سفينة اخرى طريقا للحفظ فيكون مرضي المالك ويبقى الضمان لكنه متهم في دعوى لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله بغير بينة **قال** فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعده ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخلط الثاني للتمييز بعد فيوجب الضمان وينقطع الشركة عند ابي حنيفة وقالا ان اختلط بالجنس شركة كخلط الدراهم البيض بمثلها او السود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير فلا يعذر الوصول الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وعند ابي حنيفة انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله وامكنه معنى غير صحيح لانه بالقسمة وهو من احكام الشركة فلا يصلح موجبا لها لئلا ينقلب المعلول علة ولو ابرأ المالك الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما يسقط خيره الضمان لتعين العين لصرف الابراء اليه فيبقى الشركة في المخلوط وان خلط المائع بغير الجنس كخلط الحل المهملة وهو دهن السمسم بزيت الزيتون صار مذهبهما كمذهب ابي حنيفة فيوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة وهو ظاهر ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز صورة ومعنى وان خلط المائع بجنسه اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال اي سواء كان الخلط بالقليل او بغيره لان الجنس لا يغلب الجنس عنده لما مر في الرضاع اذا اجتمع لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لصيرورتها مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صار شريكا لانه لم يصنع شيئا

يوجب

يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك انفاقا والبعض به خلطا لا بقاء فاحترز الرد فصار خلطا لعدم تفرده بالقضاء بغير محض من صاحبه ولو لم يرد ما انفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه ولما انفق لم يتعيب الباقي فان هذا انما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه وان اخذ لينفق ثم بدا له فرده الى موضعه فهلك فلا ضمان عليه لان اخذه لم يناف الحفظ ومجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل **قال** واذا تعدى المودع في الوديعة ● واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بثبوته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وهذا اشارة الى المخالفة فيه رد للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بالانسلام ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان ابطال الشيء انما يكون بما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة لابطال الايداع ولا ينافيه الا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال يصح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه موضوع للرد فيجوز ان يكون ردا لقول مثله الا ترى ان الجحود في اوامر الشرع رد لها بالكفر به والمخالفة بترك صلاة او صوم مأمور به لا ولهذا لا يكفر بها **قوله** كما اذا استأجره ليحفظ مسألة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة بترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا النظير غير مستقيم لان بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتفع برده بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم وغير اللازم في الانفساخ بعد تسليم المعقود عليه في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل **قوله** فيحصل الرد الى نائب المالك جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الى آخره ظاهر وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس عندي وديعة لا يضمنها عند ابي يوسف وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر وانما ذكر خلافه فيما يجب وان كان عدم وجوب الضمان في قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فذكر لك وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك او لا كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين **قال** وللمودع ان يسافر بالوديعة ● وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك

اذا كان له حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان او بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين سواء كان لها حمل ومؤنة او لا ولابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر امره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا ان اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا اي ولكون المفازة محلا للحفظ تملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جاز لهما ذلك قيل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح لا استدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز ذلك وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه يلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به لكن ابا يوسف جعل القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استاجر رجلا ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن ۞ قلنا مؤنة الرد جواب عن قولهما وتقريره سلمنا ان المؤنة تلزم المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع امره فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالي به وقوله والمعتاد كونهم في المصر جواب عن قول الشافعي يعني ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا **قال** واذا اودع رجلان عند رجل وديعة ثم حضر احدهما يطلب نصيبه منها في غيبة الاخر لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقالا يدفع اليه نصيبه فلا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب ان يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان ياخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الجامع في المسئلة مشهورة لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم وهو النصف ومن طالب بما سلم لم يمنع ولهذا كان له ان ياخذه وان كان في يد المودع بالاتفاق ولابي حنيفة لا نسلم انه طالبه بتسليم نصيبه بل بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون يتصرف في مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمال مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة **وقوله** ولهذا كان له ان ياخذه جواب عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الدفع ليس من ضرورة الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فللغريم اي لغريم المودع بالكسر ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه . **قوله**

وان اود

وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم ما يقسم هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلامه ظاهر وقال في المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتاتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما للكل واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن معناه اذا لم يكن له بد من التسليم اليها بدلالة هذا الكلام من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكانت شيئا يحفظ على ايدي النساء فنهاه عن الدفع الى امراته وهذا معنى قوله وهو محمل للاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به كما في ما نحن فيه يلغوا وعلى هذا اذا كان نهى عن الدفع الى امراته وله امراة اخرى امينة او عن الحفظ في الدار وله اخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن الدفع الى امراته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مفيد والعمل به **قال** ومن اودع رجلا وديعة اذا اودع المودع الوديعة ضمن ۞ دون الثاني عند ابي حنيفة وتخير المالك في تضمين ايهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض لغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كالمودع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رايه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا الدفع الى من يحفظه يحفظ كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه واما الثاني فيستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره واذا كان في يد رجل الف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه الى اخره ظاهر سوى الفاظ نذكرها. قوله لتغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعي الفا **قوله** وان نكل اعني الثاني بعد ما حلف الاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للاول ربما يقول انما نكلت لانك بدات بالاستحلاف فلا ينقطع الخصومة بينهما قوله فينكشف وجه القضاء بانه يقضي بالالف للاول وللثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل الثاني ايضا كان الالف بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه قوله لانه اي لان المودع المنكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببدله عند ابي حنيفة وباقراره عندهما ولو قضى للاول حين نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي يقدمه اما باختياره او بالقرعة وكذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف للثاني ما ذا حكمه وقال اخره في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي بنكوله للاول وقوله لكونه اقرارا اي لكون النكول اقرارا دلالة وقوله ما هو العبد لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه اقر به للاول وثبت به حق الاول لا يفيد الاقرار به للثاني لانه لا يمكنه دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله بناء قال الخصاف تحلفه عند محمد بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف كما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال اخطات بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره له صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للاخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها

وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان مجرد
اقرار لم يفوت على احد شيئا وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد انه
سلط القاضي على القضا بها للاول للاقرار وقد انه مودع للثاني والمودع اذا سلط على وديعة غيره صار ضامنا
وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب بما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج هي مشتقة من التعاور وهو
التناوب فكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في
تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك
الغير قيل وهو قول الشافعي قال لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا
يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان التمليكات لا تنعقد بلفظ الاباحة
واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان تكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب
المدة وهو لم يشترط فكان تمليكا للمجهول واما الثالث فلان المعير يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا
لما ملكه كالاجر لا يملك نهي المستاجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستاجر يجوز ان يوجر المستاجر لتمليكه
المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والهبة وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك
فان العارية من العرية وهي العطية وانما تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع
اعراض لا تبقى فلا يقبل التمليك اجاب بقوله والمنافع قابلة للملك كالاعيان وهي على ذلك قوله والتمليك نوعا
بعوض وبغير عوض وذلك ظاهر لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه
بحث من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان لم
يمنع النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في
التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت
بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه والثالث ان
من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن ان يجاب عنها
بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر بيانه بمحل المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان
الثاني جعل بيانا لخواص تعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على
المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى **قوله**
ولفظ الاباحة جواب عن قول الكرخي بانها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد
ولا نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية
الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه اخر ان الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع
وعند ذلك لا جهالة **وقوله** والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي
ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد وله
لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير اي وقت شاء كما في الهبة وقوله فلا يملك الاجارة جواب
عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما يجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها وحكمها
وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع
وهي عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز
على تفسيرها لشدة تعلق العقد به **قال** ويصح بقوله اعرتك هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية
ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه اي مجاز في عاريته

نظر

نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا
فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والاخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي
مجاز ليعلم ان الاخر حقيقة ومنحتك هذا الثوب اي اعطيتك للمنحة وهي الناقة او الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من
لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله
هذه الهبة لانها التمليك العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا اي مجازا من جهة
العرف العام واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل
له سكناها مدة عمره وجعل قوله سكنى لانه تفسير لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله
لك تحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة واذا ميزه تعينت المنفعة فحمل الكلام عليه اي على تمليك المنافع بدلالة
اخره حمل المجمل على المحكم وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية
مؤداة ووجه الاستدلال الظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة
في ان العارية مستحق الرد ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به
القبض فهو لا يملك الا به فصح الرجوع عنه **قال** والعارية امانة ان هلكت من غير تعد
لم يضمن ان هلكت العارية فان كان متعد كحمل الدابة ما لا يحمله مثلها او استعملها استعمالا لا يستعمل مثلها
من الدواب اوجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه
لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله
لا عن استحقاق اي لا من استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الاخذ بدون رضاه احتراز عن الاجارة فان المستاجر قبض
المستاجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل قبض ماذون ومثله لا يوجب الضمان
اجاب بقوله والاذن يثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال
وان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي ولكون
الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم
الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا ان
اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان يعني ان الضمان انما يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك موجب
له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
او باجماع على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض العين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما
القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة
الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه قوله
والاذن جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد
على المنفعة نصا ولم يتعرض الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا
ضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا الانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه **وقوله**
وانما وجب الرد مؤنة جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على
انه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس بنقض
القبض ليدل على ان القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض
القبض لكونه بلا اذن فان لم يرد وجب الضمان **وقوله** والمقبوض على سوم الشراء
جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان الماخوذ
بالعقد له ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة

لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشرا وسبيله اليه
فاقيمت مقام الحقيقة نظرا له الا ان الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا له معنى واما بصار
الى الثمن عند وجود العقد واذا لم يوجد صير الى الاصل في قوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به نسخ
طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط **قال** وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره
وليس للمستعير ان يوجر المستعار فان آجره فعطب ضمن لوجهين احدهما ان الاعارة دون
الاجارة والشي لا يتضمن ما هو فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم ولا سبيل الى ذلك
اما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم على خلاف الموضوع واما الاول
فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء
مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير
فابطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستاجر
لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على
المستاجر لانه ظهر ملكه نفسه وان ضمن المستاجر رجع على الموجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا
لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل
والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يعيره لانها اباحة المنافع على ما مر
والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة
وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك
ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيملك ان يعير كالموصى له بالخدمة جاز ان يعير لتملكه **قوله**
والمنافع اعتبرت قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة
للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام
فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل دفعا
لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال هذا اي وكذا من ولاية الاعارة
للمستعير اذا صدرت الاعارة المطلقة فوجب ان يبين اقسامها فقال وهي على اربعة اقسام او وجه
وهي قسمة عقلية احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان تكون مقيدة فيهما والثالث
ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع به
اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز فيه ما سماه من الوقت والنفقة
الا اذا كان خلافا اي مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة اخرى
او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس
لا يعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان
انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير
اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من
الوقت والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا
يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق كان له التعيين حتى اذا
اذا ركب بنفسه يتعين الركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك فلو فعله ضمن ليتعين الركوب في الاول
والاركاب في الثاني وهذا الذي ذكره الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ٥ **قال** وعارية الدراهم والدنانير

والمكيل

والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار الدراهم فقال اعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة
ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن
الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة او القرض
والقرض ادناهما لكونه متيقنا قيل لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا فهو
الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال
الشيخ هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها
دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا
يتقلده يقال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى
واذا استعار ارضا للبناء والغراس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس اما الجواز فلان
هذه منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا يعني به
قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة
واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان
وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور من جانب المعير
ثم المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور
من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسبق منه
الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما
نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع
على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة
كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس ان اراد
اخراجه قبل ذلك الوقت معنى فيصير كانه قال ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى
مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقرينة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما
امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك لما قلنا
ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن
ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال
تكون قيمة النقض دينارين يرجع بثمانية كذا ذكره القدوري يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد ان
المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما
فله ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشايخ اذا كان بالارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه اصل
والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعير
يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق فالخيار للابقا بالقيمة
مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ولو استعارها ليزرعها لم يوجد
منه حتى يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية
معلومة وفي الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم يفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الاخر
بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قال** واجرة رد العارية
على المستعير واجرة رد العين المستاجرة على الموجر وذلك لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الاجر وجب
اجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس

الرد واجبا على المستري المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للموجر
معنى فيكون عليه مونة رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة
الاجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبرعا اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد المعير
على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المونة عليه ومن استعار دابة وردها
الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد فصار كرد المغصوب او الوديعة
الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره
وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه
وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة
البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار عبدا فرده الى دار
المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردها الا الى المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني
ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده واجيره مسانهة او مشاهرة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها
على يد بعضهم كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لوجود الرضى به من المالك الا يرى
انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به
وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسألة
على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك الايداع وهم
مشايخ العراق اولوا هذه المسألة بانتهاء الاجارة لانتهاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس له ان يودع
غيره فاذا اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وما في كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح والله تعالى اعلم

كتاب الهبة

ذكر وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها حب المحبة وهو في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى
الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع
لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا
بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان
فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع
وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت
حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم
به شيء لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم ورد بان المتبرع
بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه
الوضوء ومن شرع في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الواجب الا به
فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب
الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم
ولا يجب ما يتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت بدون القبض لانه لا الزام فيه زيادة على ما تبرع
وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم
وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد
القول كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه
غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به قوله

وهو

وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكن الموت ينافي المالكية فصح الالحاق **قال**
وحق الوارث متاخر جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصى له على
تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متاخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقامه
فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب
جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين
وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك
الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول
في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله
في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول والمقصد منه اي مقصود الواهب من عقد الهبة
اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك يجب ان يكون للايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا
لمقصوده فكان اذنا دلالة ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه موجودا ولم
يجز له القبض اجابة بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح
وفيه بحث لان الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان
مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري بعد اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل الايجاب
البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن واجيب
عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد
تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك
للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به **قال**
وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا
القول في قوله لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوى
الفاظ نذكرها قوله اكل اولادك نحلت مثل هذا روى النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا
ابن سبع سنين فابت امي الا ان يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على عاتقه الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل ولدك
نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور قوله عليه السلام ولورثته من بعده اي ولورثة
المعمر له يعني يثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صريحا بطل الرجوع
شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة
يعني انه تصرف في المنافع فتكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان اللفظ قد يذكر
للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا يناقض ما تقدم في
العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا
اليه هنالك ان قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله
ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه
الجارية كانت عارية لما رويناه من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة
قال ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة انما هو نصب هبة في الموضعين اما على
الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام وقوله لان العارية محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور
في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العارية يعبر عنه بالعارية ولو قال هبة سكنها فهي هبة لان قوله

تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود لأن تمليك الدار عمرى ليسكنها وهو معلوم وإن لم
يذكره فلا تتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فإن شاء
قبل مشورته وفعل ما قال وإن شاء لم يقبل بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير والفرق بينهما أن قوله
سكنى اسم يجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لأن قوله تسكنها فعل
المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم والله أعلم **قال** ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة
الموهوب إما أن يحتمل القسمة أو لا وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل
القسمة وما لا يوجب ذلك هو محتملها والثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والأول كالدار والبيت
الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة والأول احتراز عما وهب الثمر على النخل دون النخل
أو الزرع في الأرض دونها فإن الموهوب له ليس بمحوز أي مقبوض والثاني عن المشاع فإنه إذا حاز وقبض
الثمر الموهوب على النخل ولكن ذلك الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لأنه غير مقسوم ومعنى قوله
لا يجوز لا يثبت الملك فيه إلا محوزة مقسومة لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة
للملك قبل تسليمه مفرزا فإنه إذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك
مثبتة للملك فعلم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن يتوقف إثباتها الملك
على الإفراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع
فيما لا يقسم جائزة وهاهنا هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لأن المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا
وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكرنا وقال
الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك الموهوب له لأنه عقد تمليك
وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فإن
الشيوع لا يمنع تمام العقد في هذه العقود بالإجماع فإذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع
ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وإن كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول
في ملك المشتري مبني على القبض ولهذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط
فيهما وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والإرث وكل
ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لأن المحلية تعني القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا
من أهله مضافا إلى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فإن قيل لا نسلم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن
يكون الشيوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن
دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبأن أوصى لرجلين
بألف درهم فإن ذلك صحيح فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض في الهبة منصوص
عليه لما روينا من قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لأن التنصيص عليه يدل
على الاعتبار لوجوده وقبض المشاع ناقص لأنه لا يمكنه إلا بضم غيره إليه أي بضم غير الموهوب إلى الموهوب والغير
غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا
من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم النافية للاعتبار لشائبة ولأن في تجويزه إلزام الواهب شيئا لم يلتزمه
وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فإن قيل ضرر مرضي لأنه أقدم على هبة المشاع بلا إلزام
التزمه ضرر القسمة والصابر من الضرر ما لم يكن مرضيا أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها
لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا أي ولأن تجويز هذا العقد إلزام
ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لأن الممكن فيه

هو

هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة فإن قيل لزمه المهايأة وفي إيجابها إلزام
ما لم يلتزم وهو مع العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك أجاب بقوله والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو
المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل أن يقول إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعا عن
جوازها فقد وجد وإن خصصتم لعوده إلى ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك وبدفع التحكم بأن في
عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لأن
المهايأة لا يحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب
له وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع **قال** والوصية
جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع
والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وإن كان القبض فيها شرطا
للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فإن قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يتم نفيه أجيب بأن كلامنا فيما يكون
القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولأنها عقود ضمان
فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فإن قيل إذا كانت من الشريك لم يلزم القسمة وما جازت فالجواب ما
في القرض وهو تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فإن المستقرض مضمون
بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على أن القبض
فيه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال ولو وهب من شريكه لم يجز وإن لم يلزمه مؤنة القسمة لأن الحكم
يدار على نفس فإنه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكأنه إشارة إلى الوجه الأول وعلى ذلك قيل
الوجه الثاني غير منعكس في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لأنه علة نوعية لإثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم
الاطراد في كل شخص شخص ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله
ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة وقوله لما ذكرنا إشارة إلى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن
أعادها تمهيدا لقوله فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وفيه تنبيه أن المانع من الشيوع
ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل لم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت
قال ولو وهب دقيقا في حنطة بنى كلامه هاهنا على أن المحل إذا كان معدوما حالة العقد
لم ينعقد إلا بالتجديد بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد وذلك واضح
لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم وهذا إنما يرشدك أن مراد المصنف بقوله لا تجوز هبة المشاع
وقوله والهبة فاسدة وقوله لأن امتناع الجواز للاتصال هو عدم إفادة ثبوت الملك فلا يتوهم أنه
اختار قول من ذهب إلى عدم الجواز لأنه لو كان غير جائز لاحتاج إلى تجديد العقد عند الإفراز في المشاع
كما في المعدوم وإنما جعل الدهن في السمسم والدقيق في الحنطة معدوما لأنه ليس بموجود في الفعل وإنما يحدث
بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لأن عامة الممكنات كذلك فلا تسمى موجودة وإذا كانت العين
في يد الموهوب له لا يحتاج إلى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فإذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب
عن قبض الهبة بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا
كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان
فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا أو بيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينوب عن
الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان لابنه
الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه بإعلام ما وهبه له وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطا للتحرز
عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد لأنه أي لأن الموهوب في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة

وبيد موعده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه فى يد غيره يعنى فى الاولين
او فى ملك غيره يعنى فى الاخير والصدقة فى هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو فى عيالها
والاب ميت ولا وصى له وقيد بقوله وهو فى عيالها فيكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصى
لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض وكذا كل من يعوله نحو الاخ والاب والعم والاجنبى جاز له قبض الهبة
لاجل اليتيم قبل اطلق جواز قبض هولاء ولكن ذكر فى الايضاح ومختصر الكرخى ان ولاية القبض لهولاء اذا لم يوجد
واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سوا
كان الصبى فى عيال القابض او لم يكن وسوا كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهولاء ولاية التصرف فى ماله
فقيام ولاية من يملك التصرف فى المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يكن واحد منهم جاز قبض من كان الصبى
فى عياله لثبوت نوع ولاية له حتى ان الاجنبى له يؤدبه ويسلمه فى الصنايع فقيام هذا القدر يطلق حق قبض
الهبة لكونه من باب المنفعة وادى انه يطلق ولكنه اقتصر فى التقييد وذلك لانه قال وكذا كل من يعوله
وهو معطوف على قوله وكذا اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصى له فيكون
ذلك فى المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم به بان الجد الصحيح مثل الاب فى اكثر الاحكام
ووصيه كوصى الاب وان وهب للصغير اجنبى هبة تمت بقبض الاب لانه يملك الاب الذاير بين الضرر والنفع
فالنفع المحض اولى بذلك **قال** واذا وهب لليتيم هبة اذا وهب لليتيم مال فالقبض لمن له
التصرف فى ماله وهو وصى الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهولاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان
كان اليتيم فى حجر امه اى فى كنفها وتربيتها فقبضها له جايز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان فى حجر اجنبى يربيه
لان له يدا معتبرة الا ترى ان اجنبيا اخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا فى حقه لكن بشرط ان لا يوجد
واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبى الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع فى حقه وهو من اهله اى من
اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له فان قيل عقل الصبى اما ان يكون معتبرا او لا فان كان الثانى وجب ان لا يصح قبضه
وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود اهليته فالجواب ان عقله فيما فيه من تحصيل
ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار الخلف توفيرها ايضا لانه ينفتح به باب اخر لتحصيلها
او كان جايزا له ولهذا لم يعتبر فى المتردد بين النفع والضرر سدا لباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص
فلا يتم به النظر فى عواقب الامور فلا بد من جبره براى الولى واذا وهبت للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان
زفت اليه او لا فان كان الاول جاز قبضه وحدها لان الاب قد فوض امورها اليه حيث زفها اليه وهى
صغيرة واقامه مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية
الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها واطلق المصنف عن كونها تجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من
قال اذا كانت ممن لا يصح قبض الزوج عليها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب فى الصحيح وهو
احتراز عما ذكر فى الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرها فانهم
لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة
مع الحضور وقوله فى الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانما قلت هذا
لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة
ليست رواية اخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها وان كان الثانى فلا معتبر لقبض الزوج لها لان ذلك بحكم
ان يعولها وان له عليه يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف **قال** واذا وهب اثنان من واحد
دارا جاز • واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفا الشيوع لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض
وهما سلماها جملة وهو قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابى حنيفة وقالا يجوز لان هذه هبة

الجملة بدليل الاتحاد التمليك ولا شيوع فى هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع فى الرهن
اكثر منه فى الهبة حتى لا يجوز رهن فى مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة بخلاف لو رهن من رجلين جاز فالهبة
اولى ولابى حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل احدهما
صح فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان الاستدلال من جانب التمليك ولان
الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف وهو غير ممتاز وكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس
منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا وهب المالك مشاعا وهو حكم التمليك يثبت التمليك لذلك اذ الحكم
يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوع انما يؤثر
اذا وجد فى الطرفين جميعا جميعا فاما اذا حصل فى احدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو
المانع عن جوازها سابعا ووجهه ذلك ان يقال ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد فى الطرفين فهو موجود
فى الطرفين واما ان المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه
بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به **قوله** بخلاف الرهن جواب عما استشهدا به
ووجهه ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد
شيا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك
لان رواية الجامع الصغير تدل على ان الشيوع فى الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة
ورواية الاصل تدل على انه لا فرق بين الهبة والصدقة فى منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما
حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض فى الشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق
براد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيهما واما الهبة
فيراد بها وجه الغنى وفى الغرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وان ما ذكر فى الاصل الصدقة على غنيين فكون
مجازا للهبة ويجوز الحار ما ذكر فى الكتاب ان كل واحد منهما تمليك بغير بدل **قال** ولو وهب لرجلين
دارا • اعلم ان التفصيل فى الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بالاختلاف سواء
كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثه ولهذا ثلثه لاجزاء وبالتساوى كقوله لهذا وهبت
لك نصفه ولهذا كذلك ولم يذكره فى الكتاب وان كان الثانى لم يجز عند ابى حنيفة مطلقا اعنى سواء كان
متفاضلا او متساويا على اصله وجاز عند محمد مطلقا مر على اصله وفرق ابو يوسف بين المساواة
والمفاضلة ففى المفاضلة لم يجوز وفى المساواة جوز فى رواية على ما هو المذكور فى الكتاب بقوله وعن ابى
يوسف فيه روايتان هذا الذى يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية حمل قوله ولو قال لاحدهما
نصفها وللاخر نصفها عن ابى يوسف فيه روايتان التفصيل ابتداء ونقل عن عامة الشروح من الخبيرة والايضاح
وغيرهما انه لم يجز بالاختلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه
ليس ابتداء والفرق لابى حنيفة ما ذكره فى الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك
فى البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوى على رواية عدم
الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معتد له على اصله وهو اصل محمد فليست بمحتاجة الى دليل ولهذا
التوجيه يظهر خلل ما قيل ان فى قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك فى البعض نوع اختلال
حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض ومما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف
بعد الاجمال كما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف
اذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه ليس بدال على ما عدل فيه عن اصله والمذكور فى الكتاب يدل عليه واما صورة
الجواز فليست بمحتاجة الى الدليل لجريانها على اصله ووضع دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع فى الهبة

بالتنصيص على الابعاض فقال وهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلا انه يشترط فيه المساواة والمفاضلة بناء على اصل وهو ان يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يرد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في الثلث كان معتبرا وتفرق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا ... والله تعالى اعلم

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمتنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذلك وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام وبني الاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالذكر في قوله وهي واخي الزوجان ولا بد من قيد آخر وهو احدهما وسلمها اليه والثاني لم يقترن بما من موانع الرجوع حال عقد الهبة ولعله تركها اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده • **قال** بخلاف هبة الوالد لولده جواب عما يقال التمليك العلة موجودة في صلة الوالد للولد وتقريره انا لا نسلم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزأه قوله على اصله اي على اصل الشافعي من اصله ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه وكسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فواته • اذ العقد يقبله والمراد بما روي يعني استبداد الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب اي القدوري فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه لا لتحريمه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله

موانع الرجوع في فصل الهبة • يا صاحبي حروف دمع خزقه •

فالدال الزيادة • والميم موت الواهب او الموهوب له • والعين العوض • والخاء الخروج عن ملك الموهوب له • والزاء الزوجية • والقاف القرابة • والهاء هلاك الموهوب • وذكر المصنف فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود له او يزيد زيادة متصلة فلا بد من قيد آخر وهو ان يقال يوجب زيادة في قيمة الموهوب له اما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا يمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع واما منعت المتصلة لانه لا وجه فيما دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فانها لو لم تكن كذلك كانت نقصا باقرب زيادة صورة كانت نقصا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة

المنفصلة

المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه يبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو من حقه على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة واذا مات احد المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته وان مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه ولذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه لانه يتجدد الملك بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب **قال** فان وهب لآخر ارضا بيضاء هو انواع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآري هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآري الآخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا اقام فيه وقيد بقوله فكان ذلك زيادة فيها والواو للحال لانه ربما لا يكون كذلك او كان ولكن لعظم المكان تعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح **وقوله** واذا كان الموهوب له للواهب بيان الالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع الدفع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع واما اذا دفع من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة ولا يتحقق فيها الربوا ولان خصم العوض له على الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط ان العوض بعض الموهوب له مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين ان قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به غرضه خلافا لزفر فانه قال الحق ذلك بسائر امواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا هذا والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلحق به فان قيل في قوله متبرعا فائدة او ذكره اتفاقا اجيب بانه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما امره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بامره غير ان المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامره او بغيره لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بما لنفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع بنصفها لعوض بان احد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء اسهل من الابتداء ولان ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق ظهر انه لا عوض من الابتداء الا هو وعرض بان الغرم انه عوض اجزاء المعوض

فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء واجيب بان
ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شي من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما
ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان مشروطا لانها بيع مبادلة فيتوزع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر ان
المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك الهبة
ابتداء من غير ان يقابله شي ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا ينقسم على اجزاء الحكم **وقوله**
الا انه اي الا ان الواهب يتخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولم يرجع بشي لانه
ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه
من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه
طاري فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل تقدم ان العوض لاسقاط الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا
يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق اجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزي
باعتباره بخلاف الطلاق **قال** ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما • لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا
او القضا لانه مختلف فيه بين العلما قيل لا له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه
في ايجاب حكمه ونفس الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة يتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم يثبت حكمها ما لم ينضم
اليها القبض وفيه نظر لما تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ان يثبت قوله وفي اصله وهاء
اي في اصل الرجوع ضعف لانه يثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا ابطل بالزيادة المتصلة ثم
وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطا وانما هو الوهي وهو خطا لان مد المقصور السماعي ليس بخطا
وتخطيه ما ليس بخطا خطا **وقوله** وفي حصول المقصود وعدمه خفاء لان مقصوده منها ان كان الثواب
فقد حصل وان كان العوض لم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل بالرضا او القضا حتى لو كانت الهبة عبدا
فاعتقه قبل القضا نفذ ولو منعه فهلك فبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا اهلك في يده بعده لان
اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضا او الرضا
كان فسخا من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بتراضيهما
فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضا كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدا والجواب ان التراضي على
سبب يوجب الملك او على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتداء بيعا وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك
لا يوجب ملكا مبتدا بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع كما اذا وهب الدار ثم رجع
في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضا هبة مبتداة لما صح فيما يحتمل القسمة كما في الابتدا فصحته دليل على انقضاء العقد
في النصف الاخر والشيوع طاري لا اثر له ثم قوله لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره ان هذا العقد
جايز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جايز الفسخ يقتضي جوازا سببا حق ثابت له ولا فرق في ذلك
بين الرضا والقضا لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق يشمل التراضي والقضا
قال بخلاف الرجوعات عن قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما
كان في صورة القضا خاصة لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل
الرد لسلامة حقه له لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا تراضيا
على ما لم يقتضه العقد من وصف السلامة فان عجز البايع فقضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضا
فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضا او بالرضا وفايدة
هذا انه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لاخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء رجع الثاني
بقضاء او بغيره خلافا لزفر رحمه الله في غيره واذا رد المبيع بعيب على البايع قبل القبض فللبايع ان يرد على بايعه

كذلك

كذلك وبعد القبض كان بقضا فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك **قال** واذا تلفت العين
الموهوبة واستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه غير تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو
غير عامل له اي للواهب احتراز عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض
لحفظها لاجله فان قيل غره بايجابه الملك له في المحل واختاره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبايع
اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر
في الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب
ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب بشرط
العوض مثل ان يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد الا ان يقول بالبا فانه يكون بيعا
ابتدا وانتها بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين لانه
يثبت الملك الواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار في البيع يرد بالعيب
وخيار الرؤية ويستحق بالشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي ابتداء وانتهاء لان معنى البيع
وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا
انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن بينهما وجب
اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما اما انه مشتمل على الجهتين فظاهر واما امكان الجمع
فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع الفاسد والبيع
من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المنافاة امكن الجمع لا محالة فعملنا
بهما فاعتبرنا ابتداءه بلفظهما وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناهما وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة
في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع
فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا
يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن
اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه

فصل

لما كانت
المسايل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة نوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة **قال** ومن وهب
جارية الا حملها الخ الاستثناء على ثلاثة اقسام قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء
وقسم ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء عملا لانقلاب شرطا
فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد
وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما يجي وطولب بالفرق بين الحمل وبين
الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهر وامره بجزه او اللبن في الضرع وحلبه
وقبضه الموهوب له فانه جايز استحسانا دون الحمل واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده
حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب
بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن قوله وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم
في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة
والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في
الوصية وسنذكرها فيها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين في ملك الواهب
لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فكانت جائزة واشبه الاستثناء في امكان تجويز الهبة ولو دبر

الجمع

ما في بطنها أو وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجويز لأن الجواز في الاستثناء كان باعتباره وجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز فإن قيل هب أنه مشاع لكن في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب وكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة بشيء مشغول ملك الواهب فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع المحتمل فإن قيل هل يصح أن يجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسألة الإعتاق غير مشابهة قلت نعم إذا أريد بالاستثناء الكلام بالباقي بعد المستثنى فإن الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ومسألة التدبير كذلك فكانا متشابهين والإعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسألة لتشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب دارا وتصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منه فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد شيئا منها أو يعوضه لأن الرد لا يستلزم كونه عوضا فإنه كونه عوضا إنما هو بالفاظ تقدم ذكرها وإنما بطل الشرط لأنها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فإذا شرط عليه الرد أو الإعتاق أو غير ذلك بعينه لها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والأصل في ذلك ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر في رجوعها إليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فإنه يبطل بالشروط الفاسدة لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها **قال** ومن له على آخر ألف درهم ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت منها بريء أو قال إذا أديت إلى النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه لأنه لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه إبراء لأنه لا يرتد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه إسقاطا من وجه والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها إلى ما فيه تمليك فإن قيل قولكم هبة الدين ممن عليه الدين إبراء لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله أجيب بأن توقفه على ذلك لا من حيث هبة الدين بل من حيث أنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول قوله قلنا أنه يرتد بالرد يفيد بإطلاقه أن عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي وقال بعضهم يجب أن يرده في مجلس الإبراء والهبة **وقوله** بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها أي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها ومنها ما يحلف بها كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو أن يجعل داره له مدة عمره فإذا مات ترد عليه جائزة للمعمر له في حال حيوته ولورثته بعده لما روينا أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والشرط وهو قوله وإذا مات عليه يرد باطل لما روينا أنه صلى الله عليه وسلم أبطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة والرقبى إنما يكون وهو أن يقول الرجل لغيره داري لك رقبى باطل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يفيد ملك الرقبى وإنما يكون عارية عنده يجوز للمعمر أن يرجع فيه ويبيعه في أي وقت شاء لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع وعند أبي يوسف رحمه الله جائزة لأنه لأن قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لأنه تعليق بالخطر إن كان مأخوذا من المراقبة وإن كان مأخوذا من الإرقاب وكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى ولأن معنى الرقبى عندهما أن يقول إن مت قبلك فهي لك أخذا من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا التعليق بالخطر فيكون باطلا وقوله ولأن معنى الرقبى عندهما يشير إلى أن أبا يوسف رحمه الله قال بجواز

لا يجوز

لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن جعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وابتداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن فإن قيل فما جوابهما عن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فأجاب بجوازه

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلا **قال** الصدقة كالهبة الصدقة لا تتم إلا مقبوضة لأنها تبرع كالهبة ولا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة أن الشيوع يمنع تمام القبض المشروط فلا رجوع فيها لأن المقصود هو الثواب قد حصل فصارت كهبة عوض عنها وفيه تأمل فإن حصول الثواب في الآخرة وفضل الله ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن أن يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فإذا تصدق على غني بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لأن الغرض ثم حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة قد يراد بها الثواب وإذا وهب لفقير فكذلك لأن المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا إلى أن الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما أنهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في ذكره لفظ الصدقة دلالة على أنه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينافي القربة **قوله** ومن نذر أن يتصدق بماله إلى آخره ذكرنا هذه المسألة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا نحتاج إلى ههنا

كتاب الإجارات

قال لما فرغ من بيان أحكام تمليك الأعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الإجارة وقدم الأولى على الثانية لأن الأعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الإجارة لغة وشريعة وإنما جمعها إشارة إلى أنها حقيقة ذات أفراد فإن لها نوعين نوع يرد على منافع الأعيان كاستيجار الدور والأراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للأعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فإن كل أحد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يغتسل فيها وإبل تحمل أثقالها إلى بلد لم يكن يبلغه إلا بشق الأنفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدر بتعاطيها وأما شرطها فمعلومية البدلين وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلفظين ما صيغ من الألفاظ الموضوعة لعقد الإجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكرهما إن شاء الله تعالى **قال** الإجارة عقد على المنافع بعوض بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحكم الحال لم يقتض القياس جوازها إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر ومن الآثار الدالة على صحتها ما ذكره في الكتاب وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد وقوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وفيه زيادة بيان أن معلومية الأجر شرط جوازها وتنعقد الإجارة ساعة فساعة لأن المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة فإن قيل إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها وإذا استأجر شهرا مثلا ليس له أن يمتنع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول إلزاما للعقد في المقدار المعين ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة يعني يتراخى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا يعني يصير معناه حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن وجاز أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار فلا تصح الإجارة حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فإنه كما لا

بعبارته على كون معلومية الاجر شرطا بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالبيع كالثمن في البيع فاذا كانت معلومية البيع شرطا كان معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن البيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال اخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا اصلا قوله فهذا اللفظ يريد به قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال فجاز ان يقع اجرة ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي كالاجرة ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة **قال** والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة قد تقدم ان المنفعة لا بد وان تكون معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فيصح اذا كانت غير متفاوتة فان نحو ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها وجوزه اخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة على مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى تلك المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة قوله الا ان في الاوقاف يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا تجوز الاوقاف في الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار كيلا يدعي المستاجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف ان لا يوجر اكثر من سنة واما اذا شرط فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره او استاجر خياطا على خياطة ثوبه وبين الثوب وجنس الخياطة واستاجر دابة للحمل او الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكرنا في الكتاب والله اعلم

في الاجارة فلا بد من بيان ما يكون معلومة جم

فانه يقتضي التوقيت والا لم يجز بموت العاقدين جم

باب

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل **قال** الاجرة لا تجب بالعقد قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا يملك لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤها فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت

اخرج

اخرج الكلام مخرج الغالب وهي ان تكون الاجرة مما تثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله ويستحق بمعنى يملك بذلك على هذا كله قوله وقال الشافعي يملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي رحمه الله بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بالاتفاق ومن قضية عقد المعاوضة المساواة ثم من ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم ولكن جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ممنوعة وجوزه محمد رحمه الله لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الابراء بوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا الطريق شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب واما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك **قال** واذا قبض المستاجر الدار البيان ان التمكن من الاستيفاء قائم مقام الاستيفاء لا ايفاء لذلك فعلى هذا كان الواجب ان يقول معان اربعة وان يقول او باستيفاء المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه احيانا وبدل احد الاقسام لا يكون قسيما بذاته فاذا قبض المستاجر باجارة صحيحة ما استاجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم العين الذي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من العين او من اجنبي سلطان او غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان تزول الشيء منها زوالا فلا يجب الاجر اذا لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها لكن استاجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة او سلمها فارغة فيها في مكانه لكنها بها عوج فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان او غاصب او غصبه غاصب او لم يكن شيء من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس

تسليم

بواجب ما لم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل
كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على
دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على انه يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام
على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف كائن
في تسليم المعقود عليه في مدة طويلة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب
مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجود المانع في بعض المدة والمكان تسقط
الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر **قال** ومن استأجر دارا ذكر هذا البيان في
استحقاق مطالبة الاجر اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التأجيل والاستحقاق
يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل
وان كان الثاني فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة
الاراضي وان استأجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل يوم مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود
كسكنى يوم وهذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر
وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا تكون مسلمة
في بعضها لان اجزاء الاعواض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في
البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان
الخياطة لا تستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف فلا يتوزع الاجر على اجزائها
يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض ينقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل
وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفى المستأجر
بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياطة شيئا فالجواب ان اجزاء العوض
ينقسم على اجزاء المعوض وجوبا ولكن الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في
المبيع والتسليم في الخياطة وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا على ان المصنف
لم يتعرض لصحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا اليه لم يكن للرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع
اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين الا ان المطالبة في كل ساعة
تفضي الى ان لا يتفرغ لغيرها فيتضرر به بل المطالبة حينئذ تفضي الى عدمها فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع
بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدرنا
بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل
كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب به الاجر وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين
ففرغ احدهما جاز ان يطالب اجرته لانه منتفع به وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل
الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال في النهاية هذا اوقع
مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع
الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على ان من
استأجر خياطا يخيط له في بيت المستأجر فله الاجر بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفا
الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال ثم قال ولكن من التجريد
ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم
واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة

واري

واري ان ذلك انما يكون اذا عين لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا وللبدن او لليد واما حصة
معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة
ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجرة كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف
قال ومن استأجر خبازا ليخبز له ذكر هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق
الاجر حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط انفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون فاذا استأجر
خبازا ليخبز له في بيته قفيزا دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام
العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان قيل
خبزه في بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير وحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من
العمل اجيب بان اجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استأجر شهرا للخدمة وما نحن فيه مستأجر
على العمل فكان اجيرا مشتركا يتوقف استحقاقه على فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله
فله الاجر لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه
جناية توجبه قال المصنف وهذا اي قوله لا ضمان عليه عند ابي حنيفة لانه امانة في يده ولا ضمان
على الامين وعندهما يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم
والوضع في بيته ليس كذلك ثم وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا
اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار
مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه وما لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من
الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو يجري على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق اما عنده فلانه
لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا انما يتم ان كان الوضع في بيته تسليما وان
استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تفريغه الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استأجر
في طبخ قدر خاصة فليس عليه العرف ومن استأجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ابي حنيفة
باقامتها فان افسده المطر قبل ذلك او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام
على الارض لم يصر لبنا وقالا لا يستحقه حتى يشرجه اي ينضد بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله
عرفا وباقي كلامه ظاهر **قال** وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار كل صانع لعمله اثر
في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في
الثوب وهذا ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في المبيع فالوصف القائم في
الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها كذلك فان قيل فعلى هذا
ينبغي ان يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه فالجواب
ما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه
الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر
وسنذكره في باب ضمان الاجير وكل صانع ليس لعمله اثر في العين بل انما هو قائم بالعامل او بعين له والحبس
غير متصور وغسل الثوب نظير الحمال يعني اذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء واما اذا كان
ففي مسألة القصار وهذا اختيار بعض المشايخ واختاره المصنف وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان
ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر في العين قيل وهو الاصح لان البياض
كان مستترا وقد ظهر بفعله **قوله** وهذا اخلاف الابق جواب عما يقال الابق اذا رده انسان كان

له حق الحبس وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله اثر هذا هو مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر رحمه الله قيل وهو مذهب الشافعي رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين يعني في الذي لعمله اثر في العين وفيما لم يكن له لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه والمسائل صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت صاحبه والجواب ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظير ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له الحبس وقد نقله وصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع فان للبائع ان يحبس وان يسلمه لكونه المشتري لكونه بغير رضاه **قال** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه • واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه نقل عن الامام حميد الدين الضرير رحمه الله هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او بيدك واليه اشار المصنف بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كان استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم غيره وفيه تامل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

لما ذكر استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر او بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد او لا فان كان الاول فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره المصنف واليه اشار بقوله ومراده يعني الفقيه ورثي اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول فلا اجر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر الذهاب وهذا ابتناء على المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب وهو عند محمد انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد اوفى بعض المعقود عليه فذهابا فيستحق الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استاجره ليذهب بطعام الى فلان فذهب به وقد وجده ميتا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناقض على محمد لان المعقود عليه في مسالة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها

باب ما يجوز في الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا للموجر من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا **قال** ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى قيل صورة المسالة ان يقول استاجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه قوله وانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشي دون

شي الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا او الا انه دون اليد ان لم يوهن البنا وفي الجملة كل ما يضر بالبنا جاز ان يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز ان يكون بفتح اليا وقوله حدادا يكون نصبا على الحال ويتبعه الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم اليا والمنصوبات مفعول به ويتبعه السكنى دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبنا ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة مقصودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت الاضرار في الارض وعدمه فلا بد من التفسير قطعا للمنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لو فوض الاجارة الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البنا والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضي فيصح لها العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعها وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض هذا من جانب المستاجر واما من جانب الموجر فان الارض اما ان ينقص بالقلع او لا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضي به المستاجر او لا وان شاء رضي بتركها على حالها فيكون البنا لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فله ان يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجرة المثل الى ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين وذلك لانا لو قلعناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر الموجر وفي تركه باجر رعاية للجانبين فيصار اليه واورد مسالة الجامع الصغير لبيان ان الرطبة كالشجر والله اعلم **قال** ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل اذا استاجر دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من شاء او على ان يركب فلانا فهي ثلاثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه يختلف اختلافا فاحشا فان ركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتدا لانها عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتدا واذا ارتفع الجهالة صح العقد فكذا ههنا وان كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه متعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب اولا والمراد بقوله فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من شا وان كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعين مقيدا لا بد من اعتباره فان تعدى كان ضامنا وكذلك ما يختلف باختلاف المستعمل كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت اجاب بقوله والذي يضر بالبنا خارج على ما ذكرنا واعتبر ما ذكرت لك تستغني عما في النهاية من التطويل وقول المصنف ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما قصدا حقيقة او تقديرا وان سمى نوعا ومقدارا من شي يحمل على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا خمسة اقفزة كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فانه

فان في الشعير يتصرف الى المثل والسمسم يتصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل ولبس بواضح
فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت
يعني به اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من
الحنطه كالملح اذا كان مثلا او لكونه كيلا لانه اثقل لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من ظهرها
بخلاف القطن فانه ينبسط عليها لانه وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا
نظير الموزون وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سوا الرديف اثقل
او اخف من الراكب لا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب
الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب
لعدد الجنايات والجناة جمع جان كبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر
جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه
لانه بمنزلة الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل
بما هو ماذون فيه وغير ماذون وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حملها واما اذا كان
حملا لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من خلاف
الجنس المسمى كمن استاجرها ليحملها خمسة اقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة فانه يضمن جميع قيمتها
لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه ماذون في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة
فيوزع الضمان ونوقض بما لو استاجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن
الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن
فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون جملة واحدة
فهو ماذون في بعضه دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا ايضا يخرج ما قيل على ما اذا استاجرها ليركبها
فاردف رجلا انه يجب عليه ضمان كل القيمة لا اذا استاجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة
فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فكونه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لم يوجب نقصا
لا محالة لان في الاركاب منفردا المخالفة من كل وجه وفي الارداف ما ذون من وجه دون وجه وهو
يقع جملة كما مر قال وان كبح الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف
ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان التعارف مراد
بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف والضرب المتعارف
وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا
انه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق المقصود بها
وهنا يمكن ان يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة
بمدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على راس ميل من الكوفة فجاوزها الى القادسية موضع بينه
وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المشايخ في معنى
هذا الموضع فمنهم من اول المسئلة بان المراد هو ان استاجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة
فلا يصير المستاجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا يعني فهو نائب
المالك والرد الى النائب رد الى المالك يعني اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بان المودع مامور بالحفظ مقصودا

وهو

وهو طاهر وكل من هو كذلك لا يبقى مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقيام الامر لكونه مقصودا وحينئذ
يكون الرد رد الى نائب المالك والمستاجر والمستعير مامور ان بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا
انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد رد
اليه ولا يبرا الا بالرد الى المالك او نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه
يبرا وان لم يوجد الرد على احد هذين والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب
البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز تحصيل البراءة بسبب اخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد
الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك او نائبه ازالة
للتعدي وهو يصلح مبرئا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه
من قبل ليس كذلك فلا نسلم لصلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان وتقرر
الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشي مضمونا قبل الحاق العارية
بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعليه ليس مستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان المستاجر كيد
المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة
بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق
الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم
الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجرا على
الاطلاق اصح ومن اكترى حمارا بسرج فاستعمله به موافقة فان نزع فاما ان يستعمله بسرج اخر او اكاف
وكل منهما على قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر او لا وكذلك الاكاف فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه
لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بان
هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره مماثله وفي بعض النسخ في التقييد
بعينه وهو واضح قال الا اذا كان زائدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان فان
الزائد لم يتناوله الاذن فكان ماذونا في المسمى غير ماذون في الزيادة ومثله يضمن الزيادة
اذا كانت من جنس المسمى ويوضع على الدابة دفعا كما تقدم في الحنطة فان اسرج بما لا يسرج به مثله
مثل ان يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لم يتناوله الاذن من جهته وصار مخالفا
وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية
الجامع الصغير لانه لم يذكر انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن
بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال
فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة
قال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين
عن ابي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف
قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان
وزن السرج منوين والاكاف ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المصنف في الدليل قالا لانه
يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن
فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف ليس من
جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب ويبسط احدهما على الظهر اكثر من الحنطة الاخر فصار كما لو سمى
حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا

وقوله وكما اذا احمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المسائل الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه ومن استاجر جمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو اما ان يكون ما سلكه مما يسلكه الناس اولا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما اوعر او اخوف او نحو ذلك اولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد رحمه الله اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد بما هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يقيد بما هذا التفصيل فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر لو دفعه في طريق البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة

قال ومن استاجر ارضا اي ومن استاجر ارضا لزراعة شيء فزرع ما هو اضر لها كالرطاب فيمن استاجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شيء يصير به المستاجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه ونفي اللوازم يدل على انتفاء الملزوم وما

قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ظاهر وقوله ينتفع به انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله لقصور الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بالاعاطة القميص دون القباء والباقي ظاهر والله تعالى اعلم

باب الاجارة الفاسدة

تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها **قال** الاجارة يفسدها الشروط الفاسدة تفسد الاجارة بالشروط فساد البيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فانه اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا ابتناء على ان المنافع عنده كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بالعقد والضرورة تتقدر بقدر الضرورة تندفع بالصحيحة فيكفي لها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجرة المثل وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من الاجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصل واما ذكره لتذكير الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور لذلك ومحصور ترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه وان ذا تم الشهر كان لكل منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون النقض بحضرة الاخر ولا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا ينفسخ من غير محضر صاحبه على قول ابي حنيفة ومحمد وينفسخ على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا ينفسخ بلا اختلاف ووجه ذلك مذكور في الكتاب في المطولات فاسكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل شهر

سكن

سكن في اوله لانه تم العقد فيه لتراضيهما بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي القدوري هو القياس واليه مال بعض المتاخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء على ان راسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل مضى راس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي الخيار وقيل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكر الشيخ طرقا ثلاثة منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجرها سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء ذكر الشهر منكرا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست بمحل له يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف ثلثمائة وستين يوما وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل مما بقي من الشهر الاول ومن الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا يتعدى الى غيره ولابي حنيفة ان تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى اخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق وقال صاحب النهاية هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند ابي حنيفة بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتد الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسالة الاجارات

قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام واستيجار الحمام والحجام واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجرة ولانه استيجار على عمل معلوم وباجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام اخذا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن يكشفن على البروز وان النساء امرن بالقرار وروي عن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة الحجام وكرهه عثمان بن عفان وابو هريرة والحسن والنخعي وروى ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ حمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المراة تحتاج

الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا يمكن من ذلك في الانهار والحياض لكل الرجال وقد صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتاويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة
فاما بعد الستر فلا باس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في
كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث ابي هريرة رضي الله عنه فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي
ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه
قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب الفحل وهو اي ضرابه وهو ان
يؤجر فحلا لينزو على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة بجوازه وجها وهو انه انتفاع مباح
ولهذا اجاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف
لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة عليه ولا يجوز
الاستيجار على الاذان والحج وكلامه ظاهر **وقوله** على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما
لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشايخنا يريد به مشايخ
بلخ رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وافتوا
بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار او عند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني
في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلم
عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم في امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعلم
بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ
الاجرة ذكره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق
بالعقد فانه لو استحقت به كان وجوب ما يستحق به المرء عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل والله اعلم
قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة ● ولا يجوز ان يؤجر الرجل نصيبا من دار
مشتركة من غير الشريك عند ابي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز
لان المشاع له منفعة ولهذا يجب له اجر المثل وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع
فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ
فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه اجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن
توجيهه على وجهين احدهما ان يكون معارضة وتقريره اجر ما لا يقدر على تسليمه ولا تصح اجارته
لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني ان يكون
ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه اجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع الاجارة والله اعلم
قال والتخلية جواب عما قالا اولا التسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم تعتبر تسليما
لذاتها حيث اعتبرت لكونها تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانها اعتبرت لاجل وهي وسيلة
الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة بخلاف البيع فان المقصود
به ليس الانتفاع بل الرقبة فكان التمكين بالتخلية فيه حاصلا **وقوله** وما تلاه بمعناه جواب
عن قولهما اولا بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام الملك بواسطة فيتأخر عن العقد الموجب للملك وهو
منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما هو
عنه متأخر ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا اجر من شريكه جواب عن قولهما فصار كما اذا اجر من شريكه ووجهه انه
اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع جاز الهبة
من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف

ويجوز

ويجوز ان يكون الشيوع مانعا الحكم باعتبار دون آخر فيمنع من جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام
يحصل في الشائع كما تقدم وان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه
وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك **وقوله** والاختلاف في النسبة
لا يضره جواب عما يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه
بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك ان الاختلاف في
السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على انا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان الرهن على هذه
الرواية **وقوله** وبخلاف الشيوع الطارئ بان اجر رجل من رجلين ثم مات عنهما فانه تبقى الاجارة
في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء لان القدرة
لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء لا تعلق له ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما
او من رجلين لكنهما في قوله وبخلاف ما اذا اجر منهما يغنيه عن ذلك يعرف بالتامل وقوله
وبخلاف ما اجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق
الملك فيما بينهما طارئ فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب
بان الاجارة له حكم الابتداء من وجه لا انها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير
اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط
الاعتراض وانما الخصم يقول لا ابتداء للعقد فيهما والصواب ان يقال الطارئ انما هو التسليم لا على العقد
وذلك مما لا شك فيه **قال** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله
تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه واختلف العلماء فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام
به واللبن تبع كالصبغ للثوب وهي اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة
تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي قال في المبسوط والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود
وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة
كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله وهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق
الاجر ما هو المختار عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان
مقصودا ولو امكن كمن استاجر بقرة ليشرب لبنها وعدد ببيان العذر عن الارضاع بلبن الشاة وتعجب صاحب
النهاية المصنف ما اعرض عنه شمس الائمة بعد رؤيته الدليل الواضح وهو نقليه صرف لان الدليل ليس
بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش
الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسايط منها اللبن جعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان
عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا نسب له بما روى ابن
سماعة عن محمد انه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان
فنحن منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من كونه معقودا او تبعا وليس في كلام محمد
ما يدل على شيء من ذلك **قوله** واذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطرفين
صحت اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار غير الظئر مثلا فان قيل قد علم من اول المسألة جواز
صدر الحكم فاستدرك قلنا فائدة هذا الكلام اثبت جوازها بالكتاب والسنة ثم رجع الى اثباتها بالقياس
ويجوز ان يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها يعني جازت باجرة معلومة كسائر الاجارات
وبطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظار شفقة

على الاولاد برفع الجهالة بخلاف ما قالاه من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضي
الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما جعله مجمعا عليه بمعرفة
الجنس والاجل والمقدار وقوله فان سمى الطعام دراهم بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه
اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن
يحتمل ان يكون معناه سمى الدراهم المقدرة مقابلة لطعامها ثم اعطى الطعام بازاء التسمية وهو حق ولو ذكر
في كلام المصنف لفظة بان يقال بان يجعل الاجرة دراهم بدلا الى ذلك وهذا اي جعل الاجرة على هذا الوجه
لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي
اوصاف الطعام بيان قدر الحنطة اثمان اي اوصاف اثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط
تاجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تاجيله بالسنة ويشترط بيان مكان
الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع والباقي ظاهر **قال** وليس
للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها وطي المراة حق الزوج فلا يتمكن المستاجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة
اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه او لفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يستنكف او
لا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت ابويه فله ان يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في
بيته فله ان يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما ان للمستاجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله لعدم الرضا
بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل
يفسد الصبي فكان الخوف عذرا لفسخ الاجارة كما لو مرضت **قال** وعليها ان تصلح طعام الصبي لان
العمل الراجع الى الصبي على الظئر والباقي ظاهر قوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم
تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع ودليل الظاهر على ما قدمنا فانه انما لم يجب
الاجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ولهذا لو اجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود
عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل يدل على ان المعقود عليه المعنى وفي بعض
وهو انه وفي بعضها لانه فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما يدل عليه لفظ
المبسوط فانه ذكر فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او ثيابه لم تضمن الظئر لانها
بمنزلة الاجير الخاص لاعيبه فان العقد ورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم
لمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الذخيرة
ما يدل على انها على نحوين ان تكون خاصا او مشتركا فانها لو اجرت نفسها لقوم آخرين كذلك ولم يعلم الاولون
فارضعت كل واحد منهما وفرغت اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها
تحتملهما فعلنا انها تستحق الاجر منهما كملا بينهما بالاجير المشترك وتاثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص **قال**
ومن دفع الى حائك غزلا اي ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حمارا
يحمل طعاما له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها
وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما في قفيز الطحان
بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه
والمعنى فيه يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول
لان حصوله بفعل غيره والمحض لا يعد قادرا عليه بقدرة غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان
صاحب الثوب استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه
بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل لان تسليم

الاجرة

تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة فصار حاملا طعاما مشتركا ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما
مشتركا بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف
الآخر احتراز عن مسألة اخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة
لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر **قوله** ولا يجاوز بالاجر قفيزا متصل
بقوله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر
المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله
فلا يجاوز باجرة نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر اما
اذا احتطبا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء **قال** ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة مخاتيم
مخاتيم المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم به اعلاه كيلا يزاد وينقص واضافة العشرة الى المخاتيم
من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة
المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود
عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المعقود
هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد
به فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا امر لا بد منه تصحيحا للعقد ولابي
حنيفة ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة
معقودا عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر والجهالة المفضية الى
النزاع تفسد العقد وهذا كذلك لان نفع المستاجر في الثاني حتى يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير
في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير
اجرة نظرا الى الاول ويمنعه المستاجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل وقد يكون
بحكم التفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة وطولب بالفصل لفرق بين مسئلتنا
وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا حنيفة اجاز الشرط
الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبين وبين ما اذا استاجر رجلا ليخبز له قفيزا دقيقا على ان يفرغ اليوم فان
الاجارة فيها جائزة جميعا بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير
فيها صارف عن حقيقته التي للتوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار
الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على ما فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه فجعله شرطا
دل على ان مراده التعجيل يؤيده ما روي عن ابي حنيفة هو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت
الاجارة لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما مر في الطلاق فكانه قال ان عملت في بعض اليوم
وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح
ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة **قال** ومن استاجر ارضا على ان يكربها ثم في هذا ان الشرط
الذي لا يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها
فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتاتى الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد
وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها ويسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية
بالتثنية ان كان ردها مكروبة ولا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا تتوقف عليه وان كان يعني بها ان
يكربها مرتين فيجب ان يكون هذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه
اذا كان في موضع لا يخرج الارض الا بالكراب مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة

كان ثلث سنين فإنه لا يفسد العقد لأن الأول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لأحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كري الأنهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل وبقاء المصنف فإن المراد منها الأنهار العظيمة هو الصحيح لأنه يبقى منفعته في العام القابل دون الأول وإذا استأجر أرضا ليزرعها بزراعة أرض أخرى لا يجوز أصلا وكذلك إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لأن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان أحدهما أن الجنس بانفراده يحرم النسا ومعنى القوهي في البيوع إلى هذه الطريق أشار محمد وهو ما روي أن ابن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن في هذه المسألة فكتب في جوابه إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهي نسا والجبائي اسم محدث كان يكثر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الأول أن النسا ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا وأجيب عن الأول بأنهما لما قدما على عقد يتأخر المعقود عليه وفيه يحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لأن في النسا شبهة الحرمة فبالإلحاق به يكون شبهة الشبهة وليست محرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالإلحاق به يثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بأن الذي لم يصححه الشافعي أقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصححه لعقد الإجارة فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النسا ويجوز أن يقال طريقا آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الإجارة فاسدة لأن المعقود إما أن يكون موجودا ودون الأجرة أو لا فإن كان لزم النسا وهو باطل وإن لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال فيه غير حاضرة لجواز أن يعتبرا موجودين لأن بطلانه قد تقدم والثاني أن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما إذا اختلف الجنس لزم الكالي بالكالي أجيب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وإن قيل إذا نفي المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم نصححه إلا أنه إذا استوفى أحدهما المنافع وجب أجر المثل في ظاهر الرواية لأنه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لأن تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت

قال وإذا كان أي وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له يعني المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز كما إذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا أنه استأجر لعمل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي يتصور في الشائع إذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فإن قيل إذا حمل الكل فقد حمل النصف لا محالة فيجب الأجر وأما ههنا فإنه منعقد ... وفرق بين هذا وإجارة المتاع فإنها أيضا فاسدة عنده وإن استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل فإن هناك تسليم المعقود عليه فإنه منعقد على الوجه الذي أوجبه العقد فإذا استوفى المنفعة وجب الأجر وأما ههنا فإنه منعقد أصلا فلا يجب قوله بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع لأن البيع تصرف حكمي أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه **وقوله** ولأنه ما من جزء دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما حمل من جزء إلا وهو شريكه فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرا على غيره لعدم تحقق التسليم إليه وقابل ... لا نقول إلا يكون عاملا لنفسه فقط أو عاملا لنفسه ولغيره والأول ممنوع فإنه شريكه والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه قطعا لأن عمله لنفسه أصل

وهو موافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل هو بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الأجر وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق ووضع الطعام فيه فإذا سلم البيت ولم يضع الطعام فيه أصلا وجب عليه الأجر بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر **وقوله** وبخلاف العبد جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر العبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الأجر إلا بإيقاع عمل في العين المشتركة لا يكون إلا كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام ومن استأجر أرضا ولم يبين أنه للزراعة أو لغيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها فالإجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لأن الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف فإن منه ما يضر بالأرض من غيره كالذرة والأرز فإن ضررهما بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فإن زرعها ومضى الأجل وجب المسمى استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر لأنه انعقد فاسدا ولا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لأن الإجارة عقد ينعقد للاستقبال فإذا انتهى المزروع في بعض وعرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما إذا استأجر إلى الدياس ثم أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكما إذا باع بشرط الخيار إلى أربعة أيام ثم أسقط الرابع قبل مجيئه وهذا لأن المختلف بالخلف قال زفر رحمه الله لم تقل بذلك أيضا لكن لما ثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره ههنا بطريق المبادي لا يقال ذكر هذه المسألة تكرار لأنه ذكر في أول باب ما يجوز من الإجارة وتجوز استئجار الأراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير فيشتمل على زيادة فائدة هي قوله وإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى ومن استأجر حمارا إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في بعض الطريق فلا ضمان عليه لأن الإجارة وإن كانت فاسدة فالعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لأن الفاسد إنما يؤخذ من الجائز إذ لا حكم للفاسد بنفسه لأن مباشرته مأمور بنفيه فلا بد وأن يؤخذ من الصحيح حكمه فإن بلغ بغداد فله الأجر المسمى استحسانا كما مر في المسألة الأولى وهي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فإنه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى وإن اختصما قبل أن يحمل عليه وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعا للفساد لأنه قائم بعد

باب

لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة وهي الضمان

قال الأجراء على ضربين الأجراء جمع أجير وهو على نوعين أجير مشترك وأجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل أيضا تعريف دوري لأنه لا يعلم من يستحقها قبل العلم حتى يعلم الأجير المشترك بقوله فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجر متى يستحق أن بعقد الأجر يستحق الأجرة فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفردا والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين وإذا انضم ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح وهو لكن

قوله لان المعقود عليه ما فى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفى كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر
والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان له ان يعمل للعامة لان
منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك
لان المعقود عليه الى آخره وتوبيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة فى يده ان هلك لم يضمن
شيئا عند ابى حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شىء غالب كالحريق الغالب والعدو والمكابر لهما
ما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه
العمل الا به ولا حجة اذا هلك المتاع بسبب اذا كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق
عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر فانهما يقولان انا نصور المسئلة فى حافظ الامتعة
باجر فهلكت الامتعة فانه يضمن وان كانت العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت
حتف انفه والحريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولابى حنيفة ان العين فى يده امانة لان
القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك فى يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كانت العين فى يده مضمونا
لضمنه كالمغصوب فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما امكنه التحرز
فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجيب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا وذلك لان
العقد وارد على العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس مقصودا اصليا بل هو لاقامة العمل وكان تبعا والحفظ
لا يقابله الاجر واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر
لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى لا يقابله الاجر قال وما تلف من عمله كتخريق
الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل
الذى يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعى
لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا اذا استاجره ليدق الثوب ولم يرد على ذلك ما يدل على
السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق وصار كالاجير الواحد
ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن اى الامر ما هو الداخل تحت العقد لان الامر
اما العقد او لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل
فى العين من فعله الذى هو المعقود عليه فى الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير
وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدا بالسلامة فلم يكن المفسد مامورا به بخلاف معين القصار
لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم
ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة
الهبة وهى لا تقتضى السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير الواحد على ما نذكره قوله وانقطاع الحبل جواب عما
عسى يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما يتلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه
الا انه لا يضمن به الآدمى بفعله شيئا ادمى ممن غرق فى السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده
لان الواجب ضمان الآدمى وضمان الآدمى لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة
لا تحمل ضمان المعقود عليه ومن استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع فى بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه
قيمته فى المكان الذى حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته فى الموضع الذى انكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما
وضع المسئلة فى الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع
بصنعه كما فى تخريق الثوب فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان ذلك من صنعه ولم يدخل تحت
العقد واما الخيار فمع ان القياس يقتضى ان لا يتخير عند ابى حنيفة بل يضمنه قيمته فى المكان الذى انكسر لان الملك

عنده

عنده امانة فى يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب ان لا يضمن قيمته فى المكان الذى حمله منه فلان
اذا انكسر فى الطريق والحمل شىء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل
حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدى عند الكسر فيختار اى الجهتين شاء فان اختار الوجه الثانى فله
الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلا واذا فصد الفصاد
او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفى الجامع الصغير بيطار بزغ
الى آخره وانما اعاد رواية الجامع لنوع بيان ليس فى رواية القدورى وكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما فى
القدورى فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ومفهومه انه اذا جاوز ضمن واما فى الجامع الصغير
فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم تكن باجرة ضمن ووجه ذلك
ان الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانها اى السراية تبتنى
عن قوة الطباع وضعفها فى تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير مقدور فلم يمكن
التقييد بالمصلح من العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان قوة الثوب ورقته تعرف
بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين ان الحجام اذا حجم العبد باذن مولاه
وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم مقداره فقدر الضمان على تقدير الحياة والموت اجيب بان ذلك
بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل
النفس فان قيل هذا مخالف لمسائل جميع الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه اجيب بان محمدا
قال فى النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا ثانى له فى النفس فتقدر بدله
ببدل النفس كما فى قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع
الجلدة والآخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس كذلك فان قيل التنصيف
فى البدل يعتمد التساوى فى السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة
لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يقع اتلافا وان لا يقع والتفاوت غير مضبوط
فكان هدرا بخلافه فانه لا يحتمل ان لا يقع اتلافا قال والاجير الخاص الاجير الخاص هو الذى يستحق الاجرة
بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استاجر شهرا للخدمة او لرعى غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك
والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر قوله ولهذا اى ولان الاجر مقابل بالمنافع
والمنافع مستحقة وان نقض العمل عائبا العمل المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد فى خياط خاط
الكل الثوب لرجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب
الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد
قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما ان فتق الثوب
فقد نقض عمله وكان صار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبى لان تفتيق الاجنبى لا يمكن ان يجعل كان
الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر ولا يضمن ما تلف فى يده بان سرق منه او غصب
او غاب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم فى عمله او تخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فاذا
تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما الاول وهو ما اذا تلف فى يده فلان العين امانة فى يده لحصول
القبض باذنه وهذا ظاهر عند ابى حنيفة وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما
صيانة لاموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة فى كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ منها فيضمن حتى
لا يقصر فى حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الواحد لا يتقبل العمل بل يسلم نفسه فتكون السلامة
غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثانى وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر

بتسليم النفس صح تصرفه فيها والأمر بالتصرف فيها فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير المأمور أي الأجير نائبا منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الإجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين لأن الواحد قبل الاثنين **قال** وإذا قال للخياط إذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وإن خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق وأي العملين عمل استحق الأجر المسمى له وكذا إذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين وكذا إذا كان بين ثلاثة أشياء أما إذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار وإذا قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الأول جائز والثاني فاسد فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان فيعطى أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لأن العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لأنه حال إفراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لا حال إفراد العقد في الغد بقوله غدا بنصف درهم كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابتا اليوم مع اليوم وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد ثابتا اليوم مع اليوم وأما في الغد فلأن وإذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الأجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإنه يتعين الأجر اللازم به عند العمل كما تقدم ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت لأنه حقيقة وكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فانقضى اليوم لا يبقى العقد إلى الغد بل يقتضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق إلا للإضافة لأن الإجارة لا تقبل التعليق لكنه تقبل الإضافة إلى وقت في المستقبل فيكون مراده لكونها حقيقة وإذا كان للإضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان **قوله** ولأن التعجيل والتأخير مقصود دليل آخرهما أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيكون ذلك ويكون التأخير مقصودا أيضا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة أي للإضافة ويجوز أن يقال عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لأن التسمية الأولى باقية وإنما هو حط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق الحط بالتأخير وهو نقل والتأخير وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير إلى المجاز وإذا كان للإضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان الأجير واحدا وهما متنافيان فإن التأقيت من لوازمها فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل وحينئذ يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الأولى وصحة الثانية ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب أن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الأولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسألة الخاتم فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت

وفسد

وفسد العقد وههنا للتعجيل وصححه وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك إذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا عن ذلك عن الحمل إليه وقام الدليل على المجاز وهو نقص الأجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مرادا وفسد العقد وورد بأن دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا إلى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ومما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق وإذا وجب أجر المثل فقد اختلفت الروايات عن أبي حنيفة إذا خاطه في اليوم الثاني روي عنه أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني قال العبد وهي الصحيحة وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة إلى ما بعد الغد أولى وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف درهم فلا يزاد عليه **قال** ولو قال إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وإن سكنته حدادا فبدرهمين ولو استأجر دابة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما وإن استأجرها إلى الحيرة بدرهم فإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وإنما قال ذلك لأن هذه المسائل ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشيئين وكذلك الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد فكيف الجهالتان فإن قيل مسألة الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر ثمة يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل فالأجر يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في العبد فبقي الجهالة وهذا الحرف أي قوله يجب الأجر بالتخلية والتسليم فبقي الجهالة هو الأصل عندهما ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين وهذا أي كونهما لأن سكناه بنفسه يخالف السكنى بالحدادة الأترى أنه أي السكنى بالحدادة لا يدخل في مطلق العقد فكذا في أخواتها **قوله** والإجارة جواب عن قولهما يجب الأجر بالتخلية إلى آخره وتقريره أن الإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة أما ترك الانتفاع مع قدرته لا معتبر به ولو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخلية بأن يسلم ولم ينتفع به حتى تعلم المنفعة يجب أقل الأجرين للتيقن

باب إجارة العبد

تأخير إجارة العبد عن إجارة الحر لا يحتاج إلى بيان لظهور وجهه بانحطاط درجته ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا ينتظمها الإطلاق واعترض بأن المستأجر في تلك منافعه كالمولى وللمولى أن يسافر بعبده فكذا إذا استأجر المستأجر وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبده لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لأن المنفعة في النقل كانت له من حيث إنه يقرر حقه في الأجر فالمستأجر إذا سافر بالعبد يلزم المؤجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الأجرة وأما في الصلح فمؤنة الرد ليس على المدعى عليه فالمدعي بالإخراج إلى السفر يلزم مؤنة الرد ولا ذلك وهذا كما ترى القطاع لأن المعترض احتاج إلى أن يضم إلى علته وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال لا نسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى فإن المولى له المنفعة على الإطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان فيجوز أن يتقيد بما لو تقيد به المولى والعرف

يوجبه او دفع ضرر يلزمه الرد على ما ذكرنا موجبه ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم اراد المستاجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر فكان عذرا يفسخ به الاجارة قوله فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق والتفاوت بين الحالين ظاهر فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الحضر عرفا لا يبقى غيرها داخلا كما في الركوب فانه اذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضي ان لا يصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجرة والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا اجاز الله نفع لم يكن له ان يسترده منه ه

قال ومن غصب عبدا او من غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجرة فاكلها لم يضمن عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة صحت على ما مر وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور مأذون في المنافع ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز غيره ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد ليست كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه ه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذونا وهو العاقد ترجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا اجر العبد المغصوب نفسه فان اجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لان المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استاجرتك هذا العبد شهرا او سكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد او نظرا الى تنجز الحاجة فان الانسان انما يستاجر لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد ه واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة فقيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر والامر فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من حيث المنكر فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة

قوله ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الى اخره ظاهر خلا قوله فيرجح بحكم الحال فانه استشكل بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بشاهد لان المصنف اشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة

فصل

فصل

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق العاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض **قال** واذا اختلف الخياط ورب الثوب اذا اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع من المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة او الحمرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الامر وهو صاحب الثوب عند علمائنا لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ليخيط قميصا بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق المتعاقدان على المامور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا فكيف يكون هذه مثل تلك واجيب بان تلك مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد يمين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الاجير فكانا في الحكم في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري بقيمته اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة فالاول اعني قوله لا يجاوز به المسمى لظاهر الرواية وهو الاصح لان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل القصار فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد السبب وجه رواية محمد ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجرة وقال الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه منكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل خليطا اي خليطا له بان تكررت تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكره من الاستحقاق في مذهبهما بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ بعد العقد لا محالة **قال** ومن استاجر دارا تفسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعي فاذا استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ واذا استاجر عبدا للخدمة فذهب كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهبت احدى عيني العبد فلا يفسخ قوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث بعد قبض المستاجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال الموجر ما به العيب لا خيار للمستاجر لزوال سببه واذا خربت الدار وانقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة وهو قول بعض اصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار واستدل المصنف على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استاجر دارا فانهدم فبناه الموجر ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ واستدل

على ذلك بان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به
لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه اذ ردّه استشهاد به على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء واذا مات
احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة
لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه لا ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث
لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك
قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث واما اذا عقدها الغير كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ لانعدام
ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد
الموت كذلك ونوقض بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر ان يركبها
الى المكان المسمى بالاجر وقد مات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه
يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر اليه فيستاجر الدابة
منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة اخرى يحمل عليها متاعه ينتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع
فيه قاض ينتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما نافى البقاء وهو موت الموجر
واذا انتفت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كطهارة
الحائض والاولى ونوقض بما اذا مات الموكل فانه ينفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا
ان كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلزم بان كلما انفسخ يكون بموجب العاقد لان العكس غير لازم في مثله
ووجه نقضه ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اما اذا امات العاقد لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة
او الاجارة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله ويصح شرط الخيار في الاجارة اذا
استاجر دارا سنة على انه او الموجر بالخيار فيها ثلاثة ايام فهو جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار
ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال كذلك
وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض
العين في البيع يمنع الفسخ فكذا هنا ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وهو كل ما هو كذلك
جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن
وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل ممتنع في البيع
ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها لان التكليف انما يكون بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل بعقد
ممكن في البيع دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي المدة لان التسليم بكماله
غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر
وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تخاصما ليس للمستاجر ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للموجر ان يمنعه عن
ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستاجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي بينا ان المنافع عنده في حكم
الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه
قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى هذا لو كان
قوله ولهذا يجبر المستاجر بيان فرع آخر لا استشهاد بحيث لم يكن الخصم قائلا به **قال** وتفسخ الاجارة
بالاعذار عندنا تنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا تنفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا ان المنافع
عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها وكانت كالبيع والبيع لا ينفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير
مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به كالبيع اذ المعنى الموجب للفسخ
يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو ان المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق

به

به وهذا هو معنى العذر عندنا والشافعي رحمه الله محجوج بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع
او استاجر انسانا ليتخذ وليمة للعرس فمات العروس او استاجر رجلا ليقطع يده للاكلة ومعيشته بها ثم برئت فانه
لا يجبر المسألة المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد
لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال ثم قوله اي قول القدوري
في المختصر فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع
الصغير وكلما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القاضي وذكر وجهه
في الكتاب وذكر في وجه الاول لانه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس
الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان والمحبوبي قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا
يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لا
ظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر اي ظهر له راي منعه عن ذلك
ظاهر خلا مواضع منها **قال** ومن اجر عبده ثم باعه فليس بعذر هو لفظ اصل الجامع الصغير
لكن هل له ان يبيع بعد ما اجر اختلف الفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف
على سقوط حق المستاجر وليس له ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يخيط باجر فدار ماله
الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الا فلاس وقد يتحقق افلاسه بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم
الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يامنون على امتعتهم **قوله** ومن استاجر غلاما
يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال الموجر لا يريد السفر ولكنه يريد فسخ الاجارة واجبر المستاجر
على دعوى السفر فالقاضي يسال له عمن يسافر معه فان قال فلان فالقاضي يسالهم ان فلانا هل يخرج معك
او لا قال فلو انكر ثبتت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر
يجعل مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت
على السفر واليه مال الكرخي والقدوري

مسائل منثورة

معنى المسائل المذكورة قد تقدم وحصد الزرع اي جزه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع
المحصود والمراد به هاهنا ما بقي من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيل هذا اذا كانت
الريح هادية قال في النهاية بالنون بان هدأت اي سكنت وفي الصحاح هدأ من هذا الامر اي سكن وهذا الفصل
الذي ذكره من الهادية والمضطربة اختار شمس الائمة السرخسي **قوله** واذا تعدى الخياط يعني اذا كان
للخياط او الصباغ او القصار وكان معروفا وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق في العمل
في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما حصل من الاجرة بينهما نصفين
جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة ولان
المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل اجيره بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان
مستاجرا الموضع حانوته من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي مال الى وجه القياس وقال
القياس عندي اولى من الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة
التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو
متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وهاهنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل
من الاجر اجيب بان الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء وذلك اذ ليس في
كلاهما لا تخصيص احدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكنا

اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكانهما اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما عملا
جاز فكذا هذا هو الصحيح المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المصنف فانه قال لان هذه شركة
الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل بسبب الشركة التقبل والله اعلم
واذا كانت شركة لا اجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة **وقوله** ومن استاجر جملا ليحمل عليه
محملا اي ظاهر والوطاء الفراش والدثر جمع دثار وهو ما يلقى عليك من كساء وغيره قوله ورد الزاد معناه جواب
عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم ياكلون من الزاد ولا يردون بناء
مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض لرد الماء والعرف المشترك لا يصلح معنى فلا
مانع من العمل بالاطلاق وبيانه انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم ولم يقيدا العقد برد ما نقص من المحمول
فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المانع

كتاب الكتابة

قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما
عقد يستفاد المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وتحـ
وفي الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط
العوض وقوله بطريق الاصالة وذكر بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا
ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مالها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا ولعله
كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة [illegible] ومنفعته
لغيره وهو انسب للاجارة لان تبديه الذات اثبات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث
التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من
كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير محتاج وطريق
التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا احتاج الى الايجاب
والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى لان المكاتب بالتحرير
يعود رقيقا دون المعتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور وشرطها قيام الرق في المحل وكون
المعنى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب
احق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت
حالة والملك في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت
كان ذلك كتابة ولو قال له جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر
وان عجزت فانت رقيق كان كتابة **قال** واذا كاتب المولى عبده او امته اذا كاتب المولى عبده او امته
على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما جواز هذا العقد
من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان
العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره ولما كان مقصود المصنف بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو ان الكتابة
عقد واجب ان يعمل او مندوب او مباح تعرض لذلك بقوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك
الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه المكاتبة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر
للوجوب وقال انما هو امر ندب هو الصحيح واحترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم
فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم
فيه خيرا وقال يبقى للحمل على الاباحة الغاء الشرط بيانا لكونه للندب وتقريره انما هو في الحمل على الاباحة الغاء الشرط
لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال لان الندبية معلقة

به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل
ان لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب واما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزام
ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها
الا عشرة دنانير فهو عبد وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فيه اي في وقت عتق المكاتب اختلاف
الصحابة فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنه يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني
نفس العقد ان الصحيفة عند ذلك يكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد
ابن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا اديتها
فانت حر وقال الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم
فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد
يثبت من غير تصريح به وموجبه هاهنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فيثبت
وان لم يصرح به كما في البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا
بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم
من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك خفية حذا الاخذ
من مال الله وهو مطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله امرنا ان نعطي المكاتبين من
صدقاتنا ليستعينوا بها على اداء الكتابة والمامور به هو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله
هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به
الندب كالذي في قوله تعالى فكاتبوهم لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران
موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب **وقوله** فكاتبوهم قرينة لذلك والله
قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا ومؤجلا غير
منجم ومنجما عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا بد من تنجيم لانه عاجز عن التسليم في قليل الزمان من خروجه
من يد مولاه مفلسا لا يد له من اجل تقدره على البدل فان قبل السلم اليه عاجز عن التسليم لانه لو كان
عليه لما رضي به بالنجم البدلين فلا بد له من اجل التحاقه بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل الملك قبل العقد
لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت وللقائل ان يقول احتمال القدرة
في حق المكاتب اثبت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة استعدامه واستقراضه واستيهابه
واستعانته بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فثبت
ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة وهو معتمد المعقود عليه والمعقود
والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ليس كذلك للاجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فاشبه الثمن في البيع
والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة
عليه كما عرف في اصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانه عقد لازم اذ العبد
وما يملكه لمولاه فالظاهر من مولاه ان يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع منه يرد رقيقا بالتراضي او بقضاء
القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس الامهال فيه ظاهرا فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي يعقل
البيع والشراء جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه فلا يحجر
بالنسبة الى النافع وخالفنا الشافعي فيه وحكى هذا الخلاف منه بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة فانه لا
تجوزه لانه ليس من اهل التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف اذا عقل العقد وبفساده انه يخبر

برأي المولى والتصرف نافع فيصح الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه
حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما
اول نجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها بان المجموع المذكور مفيد لذلك
فان قوله جعلت عليك كذا وكذا على ان تؤديها الي نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يتأدى عنده
الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت فانت رقيق فليس بلازم وانما
ذكره ليجب العبد على اداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فقد
اختلفت الرواية في رواية ابي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك في المال
الواجب لا في غيره ولا يجب الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص قيل اي في رواية لا يكون
مكاتبة قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم
ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص
ليكون تفسيرا فلا يكون كتابة واذا صحت الكتابة خرج عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة لخلوها
عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة
لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية النفس نفسه التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى
الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة
من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم او ليتحقق مقصود الكتابة
وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وطوله لا كان او غيره نهاه المولى عنه او لا لان مقصود المولى
وهو اداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما مر ومبناه على المساواة باعتبار التساوي ان تأخر العتق وتحقق ان تأخر لانه
ثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل وانما كان حقا من وجه
لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة فلو ثبت العتق به فات
كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فاتت المساواة فانه على ذلك التقدير ايضا لان نوع المالكية ثابت له
من كل وجه فاين المساواة لان نوع مالكيته ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه
لا بالكتابة المتفق عليها لانه مالك لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما يقابله مجانا
واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصها باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل
من جانبه والى الحرية من جانبها بناء على الوصول الى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان فالبلها
الشرع قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم والزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطي
كاحد المنفعة لتعذر بتعدد الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بالايلاج الواحد وان جنى عليها او على ولدها لزمه
الجناية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت اخص باجزائها

فصل

في المكاتبة الفاسدة وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على احد **قال** واذا كاتب المسلم عبده على
خمر او على قيمة نفسه او على دابة او ثوب او ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال
متقوم في حقه فلا يصلح فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة
لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل
اولى على ما نذكره واذا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال له ان اديت الي فانت حر او لم يقل
في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة
هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل هو مخالف لعامة روايات الكتب

وعن

وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا اي باداء قيمة نفسه لانه
البدل معنى قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره
في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف ولا يذكر كلمة عن قلت صحيح ان كان الالف
واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون
ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال
ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول الشرط تعلق به العتق فصار كما اذا كاتبه
على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينها الا اذا قال ان اديت الي فانت حر وجه ظاهر الرواية وهو الفرق
بين الخمر والميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك
بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد
وقد تعذر الرد بالعتق فيجب قيمته كما في البيع الفاسد اذا اتلف المبيع ويجب القيمة بالغة ما بلغت لا ينقص عن المسمى
ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب عند هلاك البدل بالغة لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى
او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان
فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كان في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في الحرية اصلا فانه
ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا يسقط ما قيل اعتبار
القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة
لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما اذا كاتبه على
قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق المسلم لها
ولم يذكر ان القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بامرين اما ان يتصادقا على ان ما ادى قيمته فيثبت كون
المؤدي قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما
بتقويم المقومين فان اتفق اثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى
القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان كما في
المبيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمته فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب كما
عتق باداء القيمة اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب وتقريره الثوب عوض
والعوض يقتضي ان يكون مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته
بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان ادى القيمة
فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق او لا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان
مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على
القيمة **قال** وكذلك اذا كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتبه عنده على شيء هو لغيره
فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد او لا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه او لا فان لم يجزه فاما ان
يملكه المكاتب بسبب واداه الى المولى او لا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك
على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة
وان تعين به ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز حتى اذا
ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج
امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو قدرت
لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقودة

عليه والمعقود عليه القدرة عليه بشرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك من جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من المعقود عليه وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم فيشترط القدرة عليه. **قوله** بخلاف الصداق في النكاح جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم وان اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز ولان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من اكسابه وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع اشار به الى قوله ولذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما اجازه المالك وبين ما لم يجزه ان عقد الكتابة فيما شرع فيه لا يفيد ملك المكاتب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك المكاتب وفي بعض النسخ لانها اي المكاتب لا بد من تقدير مضاف يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسألة فيه اي فرض المسألة على ما بينا ان مراده شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب المعين بسبب واداه فعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف عنه وروى عن ابي يوسف ايضا انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له اذا اديت فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين معين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في رواية كانت الكتابة تجوز وفي رواية اخرى كتابة المكاتب لا يجوز وهي مسألة الكتابة على الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهى ولم يذكرها هنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم او دنانير في يد العبد بان كان ماذونا في التجارة فكاتبه جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة واذا كاتبه على مائة دينار اي واذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل هو الاصل في ابدال العقود وقالا بالموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما صح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لانها الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركي او هندي ولا الوصف انه جيد او ردي جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدره ابو حنيفة في العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل معروف بها وقد مر في النكاح فصار كأنه اتى بعين المسمى وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيما لو قال كاتبتك الى الحصاد او الدياس او القطاف صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنهما اجاز الكتابة على الوصف وهي جمع وصف وهو

العبد

العبد للخدمة وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانها معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيهما كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول او الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح **وقوله** بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل ان يقول دابة او ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل اجناسا وكذلك الثوب فتتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كانت على عبد لان المصنف رحمه الله ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بالشراء والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا غالبه كالدابة مثلا او متوسطه كالثوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والبيع وغيرها وان شمل اجناسا قلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح **قال** واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الغرض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال فيفسد وتصح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف اي عبد للخدمة واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيده بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل العوض بدله الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل انه اذا ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة يتضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرتاشي انه ان ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه المسألة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق بدلا هذا العقد لانه انعقد صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسألة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا ثبتت بدلا عتق باداتها والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح ويجوز للمكاتب البيع والشراء قد تقدم تمهيد القول له فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك ببيانه ثمة ووجه الاستحسان ان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاها مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في العقد البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل

إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما إذا كاتبه على أن يخدمه مدة
أو زمانا وهذا ليس كذلك لأنه لا يشترط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله ولا تفسد به الكتابة وهذا أي هذا
الفصل لأن الكتابة تشبه البيع من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل وإنما لم تصح قبل الأداء وتشبه النكاح من
حيث انتفاء معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن في صلب العقد
عملا بشبهة النكاح وببطلان العقد إذا تمكن في صلبه عملا بشبهة البيع أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق
لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أحد والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شيء وإنما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط
يختص بجانب العبد فهو داخل في الإعتاق لدخوله في الكتابة وهي إعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الإعتاق
والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** والتزوج ليس وسيلة إلى الكتابة فكذا الحجر فيه أي في الملك
ضرورة التوصل إلى المقصود ومقصود المولى من البدل وذلك بقاء الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل
الكسب للإبقاء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة إلى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن
إذا أذن له المولى بذلك جاز لأن الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب إلا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظاهر
والجاهر عند العامة هو الغني من التجار وكأنه أريد الجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع
ونسبا وبه تحرف إلى الجاهر كذا في المغرب ولا يتكفل لما ذكر ولا يملك بنوعيه يعني في الحال سواء كان بأمر المكفول
عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالهبة والأول إقراض لأن الكفيل مرادي صار مقرضا بما أدى للمكفول
عنه والإقراض تبرع وإنما قيد بالحال لأنها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالة كفالة العبد المحجور عليه فإن قيل
بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا يضر ذلك ولا ينافيه أجيب بأنه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك
وهو يخل بالاكتساب الذي يحصل به المال **قال** وإن زوج أمته جاز ظاهر وقوله ثم هو موجب
للمملوك مثل ما هو ثابت له يريد بذلك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز أن يملكه غيره كالمعير معير بخلاف الإعتاق
على مال فإنه لا يملكه فوجب للثاني فوق ما وجب للأول فإن العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف
على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك ما لا يملكه وهو لا يجوز وقوله فإن أدى الثاني يعني إذا أدى
المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الأول عتق الثاني لحفظ شرط عتقه وولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك
لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابة المولى للأول بمنزلة علة العلة ولهذا لو عجز الأول
كان الثاني ملكا للمولى كالأول ويصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازا وإن كان
معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستيمان على مواليه فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية لكونه
رقيقا أضيف إليه أي المولى لكونه علة العلة كالعبد إذا اشترى شيئا فإنه يثبت الملك للمولى لتعذر إثباته
للعبد لعدم الأهلية فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه لأن المولى جعل معتقا مباشرا
حكما لما أن العقد انتقل إليه لعدم أهلية المكاتب للإعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق مباشرة وفيه نقض
مباشرة لأن الأب جر الولاء فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسببا باعتبار إعتاق الأم
والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة والتعذر عند عدم تحقق الأب فإذا
عتق تحقق فيجر الولاء إلى قوم الأب وإن أدى الثاني بدل الكتابة فولاؤه للأول لأن المباشر من أهل
ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له **قال** وإن أعتق عبده على مال قد تقدم أن المكاتب إنما
يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها وإعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك
فلا يملكه وقوله وأما الثالث فيصح له لأن من اشترى عبدا أو وجده ذا رحم يتمكن من الرد بذلك
العيب وكلامه ظاهر وقوله على ما مر إشارة إلى قوله وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال لقوله
وكذلك الأب والوصي ظاهر وقوله ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرا أما في تزويج الأمة فلما

مر آنفا

لما مر آنفا وأما في الكتابة فلأنه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لا شك في كونه
نظرا **قوله** فأما المأذون له فظاهر وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكره في بعض
التزويج أن المفاوض يجوز له أن يزوج الأمة فكذلك المأذون له واعتبره بالإجارة أي اعتبر التزويج
بالإجارة فإن المأذون له جاز أن يؤجر عبده وأمته فكذا يجوز أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفين
وقيل استعمال القياس بين العينين أي بين المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والإجارة
لأن المماثلة بين العينين ظاهرة إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى
بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية لا غير لأن الإجارة معاوضة مال بمال بخلاف
التزويج وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وإن كان غير ذلك
فلا نسلم أولويته ولهما وهو الفرق بين المأذون والمكاتب أن المأذون له يملك التجارة وهذا أي
تزويج الأمة ليس بتجارة لأنه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهذا
اكتساب لأنه اسم لما يوصل به إلى المال وبالتزويج يصل المولى المهر فكان اكتسابا وقوله لأنه أي التزويج دليل
آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لأنهما مبادلة ما ليس بمال بغير مال أولى من اعتباره بالإجارة لأنها مبادلة
المال بالمال لأن المنافع في باب الإجارة مال ولهذا ألحق ولأن التزويج ليس من الاكتساب لا يملكه هؤلاء أي
المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب تزويج العبد لأنه ليس باكتساب والله أعلم

فصل

لما فرغ من ذكر مسائل من يعود أصلا في الكتابة بطريق الأصالة
ذكر في هذا مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يشبهها والتبع يتلو الأصل **قال** وإذا اشترى
المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته تقديم الأب في الذكر ههنا على الابن للتعظيم وأما في ترتيب القوة في الدخول
في الكتابة فالابن مقدم على الأب سواء كان مولودا في الكتابة أو مشترى والمولود مقدم على المشترى فإن
المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه لا يجوز بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على
نجوم الأب والمشترى يجوز بيعه حال الحياة ويقبل منه البدل بعد موت الأب حالا ولا يمكن من السعاية على
نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية وأما الأب فإنه يجوز بيعه حال حياة ابنه المكاتب
ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا ولا مؤجلا وإنما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لأنه لو كان أصلا لبقيت
كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب الأصلي بيع الأب لما أن الكتابة الداخل بطريق التبعية
لا الأصالة فإن قيل ما الفرق بين المشترى في الكتابة من الأولاد وبين ما إذا كاتب عبده على نفسه وولده
الصغير فإنه إذا أعتق المشترى لم يسقط من البدل شيء وإذا أعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه أجيب بأن
المشترى تبع من كل وجه فلا معتبر به في أمر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودا
بالعقد من كل وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة ولده فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب إذا اشترى من
بنيه وبني أولاده دخل في كتابته كما ذكرنا لأنه لما لم يكن من أهل الإعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر
الإمكان وإذا اشترى ذا رحم محرم لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد
لأن وجوب الصلة يشملهما ولهذا لا يفترقان في الحرية وله أي لأبي حنيفة أن للمكاتب كسبا لا ملكا لأنه ملك
لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يملك النكاح والكسب يكفي للصلة في الأولاد لا في غيره
ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر ولأن هذه أي قرابة
الأخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بني الأعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسطة بين الشيئين
ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين وألحقناها بالثانية أي القرابة في العتق حتى إذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما إذا
ملك والده أو ولده وبالأولى أي البعيدة في الكتابة حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما إذا ملك

ابن عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقنا بالولاد في الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه
واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال لاحد الشيئين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمالهما **قال** واذا
اذا اشترى ام ولده امراة المكاتب العبد اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب توجه من الوجوه ثم ملكها
فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد
في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندهما لما ذكرنا ام ولده خلافا
لابي حنيفة رحمه الله له ان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل
فان ادى عتق وما يقبل معه من ولده وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل
الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله اقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز
ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولده تبعا لثبوته في الولد
بناء عليه وبدون الولد لو ثبت الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء
ينفيه مع الولد على ما ذكرنا في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب
انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله عليه السلام اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما
يعتق الام اذا ملكه الاب وتولده والقياس ينفيه بغير ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها
الولد وان ولد للمكاتب ولد من امته دخل في كتابته لما بيناه في المشترى يعني في اول الفصل حيث قال لانه من
اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري فمن ولد من الامة حتى في الكتابة
واجيب بان معنى قوله لا يملك التسري لا يحل وطء امته لكن ان وطئ وادعى النسب كالجارية المشتركة فانه
ليس لاحد الشريكين وطؤها لكن ان وطئها فولدت وادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب
ولدت ولدا فادعاه المكاتب قال الولد ولده والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها
ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب بما له من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر فيقام الملك له
في نصفها مقام تمام الملك في نصيبه ويثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعا لثبوت
حق الولد. **قوله** وكان حكمه كحكمه اي حكم الولد كحكم المكاتب وكسبه له اي كسب الولد للولد لان كسب الولد
كسبه اذا الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده ولذلك اذا
ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا احترازا من الاوصاف القارة
الشرعية والاوصاف الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق لتسري الى الاولاد فقوله
مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الابقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الابقة
غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستاجرة والجانية ان الامة اذا اتصفت بما امتنع بيعها الا مقرونا
بشيء لكنه ليس بمولد فقوله الاوصاف القارة احترازا عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احترازا عن
عن السواد والبياض والطول والقصر فانها لا تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع
قال ومن زوج امته من عبده هذا انتسابا على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات
تسري في الاولاد ولهذا كان الاولاد داخلا في كتابة الام وكسبه لها فولده ولان تبعية الام ارجح اشارة الى
ما ذكرنا ولهذا لو استوضح بقوله ولهذا ليتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لها
اي في الدخول يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان بتبعية الام ارجح
لانه جزء منها حيث يقرض بالمقراض وان تزوج المكاتب بامر مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت منه
ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذها المكاتب بقيمته يؤديها الى المستحق عند ابي حنيفة ولابي يوسف
وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه وكذا المغرور لوجود سببه وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا

لبيان

لبيان حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد احرار هكذا في
المبسوط وفي شرح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده يتاخر اداؤها الى ما بعد العتق والبه اشار المصنف
بقوله لان حق المولى هنا مجبور بقيمته تاجزه الى اجره ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل
منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق
والحرية لكن تركنا هذا الاصل اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وقد قررناه
في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمته ناجزة وههنا بقيمته متاخرة
الى ما بعد العتاق فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتاخير فيبقى على الاصل
ولا يلحق به واذا اشترى امة وطئها بغير اذن المولى او باذنه لكنه بغير اذنه ليتميز منه ما اذا كان باذنه بطريق
الاولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة من غير تاخير الى الاعتاق وان وطئها على وجه النكاح
لم يؤخذ به حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وكذا الماذون له كذلك فيما كان او مدبرا والفرق المذكور
في الكتاب تقريره الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة
اوجبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح **فصل**

مسائل هذا الفصل نوع اخر من جنس مسائل الفصل الاول فصلها بفصيل واذا ولدت المكاتبة من المولى
وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولده سواء
صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تتخير
لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل واجلة بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت
به لستة اشهر او لاكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى كالتحرير وانه يملك
تحرير ولدها من غيرها قصدا فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى قوله وما له من الملك
دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى وتندفع به ما عسى ان يتوهم ان ملك المولى في المكاتبة ناقص
فلا يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة ومضت عليها اخذت العقر من مولاها اي مهر مثلها لاختصاصها
بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا يعني قبيل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها اخص باجزائها توسلا الى المقصود
بالكتابة ثم ان مات المولى يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما
نذكره فان قيل وجب ان لا يسقط لان الاكساب سالمة لها وهذا انتقاء الكتابة اجيب بان الكتابة تشبه المعاوضة
وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال لامراته ان دخلت
الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا
بسلامة الاكساب عملا بشبهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبهة الشرط وان ماتت وتركت
مالا يؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لانها حرة على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على
الولد لانه حر ولو ولدت ولدا اخر وهي ماضية على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لان نسب ولد ام الولد
انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظاهر
قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لان الكتابة ليتوسل بها الى ملك اليد في الحال
والحرية عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى لحاجة غيرها فكان
جائزا الا انه اجتمع فيها سببا العتق احدهما يقتضي العتق ببدل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه
لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق بالفناء على سبيل البدل وعورض بان مالية ام الولد غير متقومة
عند ابي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع
الاول في اول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز ان يقابل ببدل متقوم وان لم يكن متقوما

كذلك القصاص إذا عفى بعض الأولياء فإنه ينقلب حصة الآخرين بالمال فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق
عتق عنها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء فإذا عتقت قبله
لم يكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بلا فائدة بالنسبة إلى البدل وبقيت في حق
الأولاد والاكساب ليعتق الأولاد ويخلص لها الاكساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه
وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامهم أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يطل
بعجز المكاتب عن إيفاء البدل والثاني أن يبطل بانتهائه ببقائه وبالأول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه
وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا ههنا إلى إبطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان
النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير
فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد لا يعلل بعلتين مختلفتين لأن الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي
عليه وعلل للثانية بالأولى وللأولى بالثانية فتأمله تأملة تاملة ينقدح لك ولو أدت المكاتبة بالنصب أي بدل الكتابة
نفعض النجم ولو أدت الكتابة وهو ينفذ بمضاف قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية وإن كانت
مدبرة وضعت المسألة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وإنما جاز كتابتها
لوجود المقتضي وهو الحاجة فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة
كما تقدم فإن مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة وفي جميع بدل الكتابة
عند أبي حنيفة وقد صح كلامه فيتعرض لنفسه زيادة إيضاح قوله فتخير لأن في التخيير فائدة وإن اتحد الجنس لجواز
أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا قوله وجب عليه
أحد البدلين فيختار الأقل قد اعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير فمعناها البدل كله
وربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه قوله إنه قابل للبدل بالكل لأنه أضاف العقد إلى ذاتها فقال كاتبتك
على كذا وإلى أجل قابل لما كانت قنة فتصير كلها مكاتبة وقد سلم الثلث بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل وإنما
لكان ما قررنا أنه ما لما عرفنا لم يكن إخلاف باطل **وقوله** فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة صورته
أن يكاتب عبده أولا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فإنه يسقط عنه ثلث الباقي بالاتفاق وهي المسألة التي
تلي هذه المسألة وقوله لأنها استحقت حرية الثلث ظاهر أي مكشوف لا يخفى على أحد لأن إخراجها عن الملك
بغير الإعتاق غير صحيح فإن أعتقها خرج عما نحن فيه وإن ماتت قبله فكذلك وإن مات المولى عن مال يخرج عن ثلثه
فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا والظاهر البين أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة
ما يستحق حريته فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي قيمتها فلا يسقط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك
لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على أبي يوسف
لأنه لا يقول بتجزي الإعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر أن حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر
وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له وقوله
إذ لا استحقاق عنده أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فإذا أعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير
سقط حصته من بدل الكتابة وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا أنه تلقتها جهتا حرية ولها الخيار إن شاءت
مضت على كتابتها وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة من جانب المملوك
لأن المنفعة والخيار على المكاتب في حال الكتابة وإذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن
نفسه ذلك فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة
وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا منهما في الخيار بناء على ما ذكرنا من
تجزي الإعتاق وأما المقدار فمتفق عليه وعند محمد ما ذكر على أصله لا يحتاج إلى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدم

بيان

بيان أن البدل ههنا مقابل بالكل إلى آخره **قال** وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق لقيام ملكه
وسقط بدل الكتابة بناء على أنه ما كان وسيلة إلى تحصيل ما حصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة
لعدم الحاجة إليها فإن قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله والكتابة وإن كانت
لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والعبد وإن كان لتعلق حقه فإذا رضي بالفسخ فقد أسقط
حقه كما لو باعه المولى أو أجره برضاه والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل فإنه إذا رضي به
ببدل فبلا بدل يكون راضيا ببدل نظرا إلى سلامة الأكساب فلقد تكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء
البدل فيسلمها له جملة ووجهه أن الأكساب سالمة لأنا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الأكساب على ملكه نظرا له
وحينئذ صار الظاهر كالمحقق الواقع فيعتق بإعتاقه وإن كاتبه على ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة
فهو جائز استحسانا والقياس أنه لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عن الأجل بما هو مال لأن الأجل ليس
بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة وإذا لم يجز ذلك
كان خمسمائة بدلا عن الألف وذلك ربوا لا يقال هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق
في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز إذا كان
على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه
لأنه لا يقدر على أداء البدل إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة
به فاعتدلا وكان اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة
ربوا وفيه بحث لأن المال ما يتمول به وهو يعتمد الإحراز وذلك في الأجل لا يتصور ولأن قوله فأعطي
له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ولا معنى أما لفظا فلأن أعطى متعد إلى مفعولين ينبه بلا واسطة وقد استعمله
باللام وأما معنى فلأن قوله الأجل في حق المكاتب مال من وجه فإن أراد بقوله حكم المال من كل وجه
فات الاعتدال إذ الدين مال من وجه وإن أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل والجواب أنهما
ذكر ثم أن المال ما يتمول ويجوز أن يجيء إذا كان الأمر كل وجه وليس ما نحن فيه كذلك وإنما المراد به ههنا
أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها
على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبر للأجل حكم المال فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في حق
ولا يكون معتبرا فبين بأنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب وقوله ولأن عقد الكتابة وجه
آخر للاستحسان وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم أن له شبها بالتعليق بالشرط
فتكون من هذا الوجه يمينا والأجل ربوا من وجه ففيه شبهة الربوا وشبهة الربوا إذا وقعت في شبهة
العقد كان شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربوا الأجل
فيه شبهة لا شبهة شبهة **قال** وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة
وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الأجل لأن المريض تصرفه فيه وهو
حقهم فلهم أن يردوه دفعا للضرر بتأخير حقهم إلى مضي الأجل عن أنفسهم فإن المكاتب يؤدي ثلثي الألفين
حالا وهو ألف وثلاثمائة وثلثة وثلثون درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون درهما
وثلثا درهم إلى أجله ويرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الألف حالا
والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزائد على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز
تركه وصار ذلك كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل ولو قال لأن
له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرها كان أحسن فأما لهما أن جميع المسمى بدل الرقبة بدليل
جريان أحكام الأبدال من جواز المرابحة على الألفين وجواز الحبس في المماطلة والأخذ بالشفعة فإنها

يتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرق يتعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة التاجيل فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى رضي الله عنه لكل من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتاخير وهو تاجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما اي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التاخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التاخير

باب

لما فرغ من ذكر احكام يتعلق بالاصل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكام ما يتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه

قال وان كاتب الحر عن عبد بالف قال في الجامع الصغير اذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف مشايخنا في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد حرمة البيع ونفوذ عتقه واداءه باداء هذا القابل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك جاز ونفذ عقده عليه فكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق لوجود الشرط والعقد موقوف لما مر وجه الاستحسان انه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق اي في توقف العتق على اداء القابل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد فيل ما الفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وفيما لا يتوقف فيما له والجواب ان ما له ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يامره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد من المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه والله اعلم

قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كما باع عبده وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر

[illegible]

لقوله ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان انه له فيه منفعة لانه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغائب متبرع به غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما ادى فكيف قال غير مضطر اليه والجواب انه لما كان في جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بصدد ان تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا اجيب بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى أن ياخذ الغائب بشيء لما بينا انه فيه متبرع فان قبل العبد الغائب لو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغائب لا اثر لرده وقبوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى أن ياخذه بشيء لما بينا انه فيه متبرع فان قبل العبد الغائب لو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغائب لا اثر لرده وقبوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله فليس للمولى أن ياخذه بشيء من بدل الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا ههنا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدمه ولابيها اذ الام المرأة لا ولاية لها فكيف بالامة وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بيناه في المسئلة الاولى وذلك لان الام ان ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا ادى احدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما ان ادى كان اداؤه كاداء الام لانه تابع من كل وجه ولو اذن الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وفي هذا فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد لنعلم هذا المعنى وقوله وهي أولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اقرب من الاجنبي اولى واقول العلة اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي واري انه الحق والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين

قال واذا كان العبد بين شريكين اذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق العتق باداء المال ولو وجد شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للاخر ولاية الفسخ فمن اين للكتابة ذلك واجيب بان الكتابة ليست عين كل من المعاني المذكورة وانما هي تشمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يمنع اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا ينفسخ بتراضيهما فيتحقق المقتضي وانتفاء المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت

الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيها
ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر واما التعليق فلانه يمين **قوله** واذنه له بقبض البدل
بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير
الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب ولهذا كان كل المقبوض ويجوز ان يكون ضمير عليه للعقد
اي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك له لم يرجع
فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك
المبيع قبل القبض واستحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب
بان المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن فضاء دينه عن ماله وبعد العجز صار عبدا له من
كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فانه ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق
الرجوع اذا لم يحصل مقصوده ولما ان الاذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصل في النصف وهو الذي
بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كان بناه فتجرد في يده من الاكساب وكان المصنف
مال الى قولهما حيث اخره **قال** • واذا كانت جارية بين رجلين •
كاتباها • فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه
فصحت اي صحت وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد كلها للاول بطريق التبيين لانه لما ادعى احدهما الولد صحت
دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة
لانه لا وجه لتمليك الاستيلاد لا بتمليك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية
الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة
والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة تدبر صيغة عاجلة بجهة الكتابة ولا بد صحيحة
آجلة بجهة الاستيلاد فان لم يتحقق الفسخ لا ينفسخ الا بفسخ الكتابة واذا ادعى الثاني ولدها الاخر صحت دعوته
لقيام ملكه ظاهرا وانما قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر انها بقيت على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم
اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال
ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئها جارية
مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر
وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر فكون الولد ابنه بالقيمة
فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرناه وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة
على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي
ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده
فكذا لابنها اجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عن ابي حنيفة
في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احد ابنها فكان حرا بالقيمة وايهما دفع العقر الى المكاتبة
معنى قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد
الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة بمنافعهما وقال ابو يوسف ومحمد ام ولد
للاول وهي مكاتبة له تعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطئ الاخر لانه لما ادعى الولد صارت كلها
ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل
والفعل لا يتجزى فكذا ما ثبت به ولهذا يكمل في القيمة بالاجماع وقد امكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ
فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بقع حيث لم يبق

محلا

محلا للابتداء بالبيع والهبة ونبقي الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء ما لا يتضرر وهو كونها احق باكسابها واكسا
ولدها فيه لانه بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجهه انا قد قلنا
ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الثاني
نفذ استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده قوله وبخلاف بيع المكاتب قيل هو جواب عما يقال
هلا فسخ الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما اذا فسختموها في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في
تجويزها البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلناها لتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة
فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز ان يكون بيانا لقوله ونبقي الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر
به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت قوله واذا صار كلها ام ولد فالثاني وطئ ام ولد الغير
فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة الملك بكتابة
بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة وانها بقي مكاتبة بينهما فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرناه ولا حد على وطئ
مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين **وقوله** واذا بقيت الكتابة فقد
انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط البدل وهو نصف الشريك الثاني وهو قول ابي يوسف
وقيل يجب البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى
ولا يظهر في حق سقوط نصف البدل وهو قوله في ابقائه يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا
يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان ينفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق
نصف البدل نظيرا للمولى وان كانت لا تتضرر بالمكاتبة لسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة
عدم الفسخ والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد
الى المولى لظهور اختصاصه على ما بيناه في تعليل ابي حنيفة **قال** ويضمن الاول الشريكه
في قياس ابي يوسف اذا كان الرجلان عبد مشترك بينهما كاتباه واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن
المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو يختلف
باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق
شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما تجب اقلهما لانه
متيقن قال صدر الاسلام لانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد يملكهما احدهما بالاعتاق
فيستحيل ان لا يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه
من هذه الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه
وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وفي
قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه واذا
كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد
ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين ان المستولد تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه اي التدبير صادف
ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطء منه لانه
يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه ويكمل الاستيلاد وهو يملك بالقيمة والولد
ولد الولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء
الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح
تدبيره ووجهه ما بيناه اي في تعيين القولين اما طرف ابي حنيفة فقد ذكرنا انفا من قوله وتبين ان الجارية
الى اخره واما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له الى اخره وان كان كاتباها ثم اعتقها

أحدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لأنها عجزت وردت في الرق فصارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه أي في إعتاق أحد الشريكين القنة على هذا الخلاف في الرجوع فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيارات عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار وغيرهما يعني الولاء تردد الاستسعاء فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت واستسعى فالولاء بينهما وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق جميعا في الوجهين وأما تردد الاستسعاء فإنما لا يثبت الاستسعاء مع اليسار وتقول لأن إذا كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وإن كان معسرا ينبغي العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة يراه كما هو مسألة تجزي الإعتاق كما تقرر في الإعتاق هذا إذا عجزت فأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة خلافا لهما وهو واضح ومبناه أيضا على تجزي الإعتاق وذلك لأن الإعتاق لما تجزي عنده لم يظهر إفساده نصيب الساكت ما لم تعجز فإن أراد حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو الحاصل فإنما يظهر ذلك إذا عجزت كما يوجب ذلك في القيمة فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبا إن كان موسرا ويستسعي العبد إن كان معسرا لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فالمدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد وإعتاقه وإن كانت بالعكس من ذلك وهو أن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعي ويعتق وهذا عند أبي حنيفة ووجهه أن التدبير يتجزى عنده فتدبير أحدهما مقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والإعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فإن ضمن قيمة نصيبه مدبرا لأن الإعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمة معرفة بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والإرث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالإجارة والعارية والوطي والإعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والإعتاق على مال والغائب من ذلك النوع الأول فيسقط الثلث وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرا فإنه يضمنه ولا يملكه فكان ضمان حيلولة لا ضمان تمليك وإن أعتقه أو لا يعني المسألة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عنده خيار التضمين والإعتاق والسعاية لأن العتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين لأنه بمباشرة التضمين يصير مبرئا للمعتق عن الضمان المعنى وهو أن نصيبه كان رقيقا عند إعتاق المعتق وكان تضمينه إياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الأول فهناك نصيبه كان مدبرا عنده ذلك فلا يكون التضمين مشروطا بتمليك العين منه والحاصل أن الضمان يتعلق بالتمليك إذا كان الحادث الإعتاق فإنه للتمليك كما أعتق أولا أو غصب القن فمات أو أبق وأما إذا كان الحادث الحيلولة وقت الإعتاق كما إذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فإذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرط تمام مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه فما لزمه وبقي له خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قنا لا تدبيره صادفه وهو قن وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزى عندهما فيعتق وكلامه ظاهر

باب المكاتب وعجزه

وموت المولى تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر المناسبة لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة والإعـ

قال

قال وإذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع فإن المدعي عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة تؤخر يوما أو يومين أو ثلاثة لا يزاد عليه وعلى هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والأصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قرر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام فإنه يمهل ولا يزاد عليه فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقوله علي المكاتب نجمان ردّ في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولقائل أن يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لأنه يفيد الوجود فقط والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين لا يترك عندهما كما لو قال إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق ولأن عقد الكتابة عقد إرفاق مبناه على المسامحة حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة استيفاء وأولى المدد فكذلك ما يوافق عليه العاقدان فإذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال إلا أن يحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليهما العاقدان ولهما أن سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لأن من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا أي كون العجز سببا للفسخ لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضي أي فسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على أحد الروايتين فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ هل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين والثلاثة فلأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يعد تأخيرا قوله والآثار متعارضة جواب عن استدلال بأثر علي رضي الله عنه وبيان ذلك عن ابن عمر رضي الله عنه أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار إلى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بقوله إن سبب الفسخ قد تحقق إلى آخره سالما عن المعارض لأن دليل أبي يوسف خطابه لا يقابل المعقول فيثبت الفسخ

قال فإن أخل بنجم عند غير السلطان المراد بالإخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في أدائها فإذا أخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان أي القاضي فعجزه فرده مولاه برضاه كان جائزا لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر أولى وإن لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم من جانب المولى لا يقدر على الانفراد بانفراده تام فيه خيار الشرط وكل ما كان كذلك ففسخه يحتاج إلى الرضا أو القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم أن فيه رواية أخرى لأن الفسخ يصح بلا قضاء ووجهنا أن هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لأن تمام الكتابة بالأداء لأن تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكام تثبت لهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده وكسب العبد لمولاه وإنما قال ظهر لأن كسبه كان موقوفا عليه وعلى مولاه لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه فقد زال التوقف فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى عنه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق عليه أولاده المولودون في الكتابة والمشترون في حالة الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فهو لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منه كذلك وذلك لأن العتق إذا ثبت فإما أن يثبت بعد الممات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا إلى حال حياته لا سبيل إلى الأول لأن الميت ليس محل للعتق ولا إلى الثاني

ولا الى الثاني لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند له وهذا الشيء لم يثبت ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين
وهو المولى فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق وعليك باستحضار القواعد الاصولية
لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال
معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه علامة للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وعن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الطرق
الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك واستنطاق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المفرع في هذا الموضع وامثاله
فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم فذره والا لا فاياك
ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجماعة الذين ظهر عند ذوي المحصل عدده فطفق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم
في الحيوة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا قوله بل اولى يجوز ان يكون جاريا عما يقال لئن بموت المكاتب كموت العاقد لان
العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد فههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب
ادعى من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه واما المانع فلان الموت
لما لكية منه فالمملوكية فان المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها
فيترك حيا تقديرا كما انزلنا الميت كالحي في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز
والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث ويستند الحرية باسناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت فان قيل
يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المصنف بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق يتقدم
على الاداء لا بعد الاداء قبل العفو ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم ان المعقود عليه لما تقدم ان المعقود
عليه هو سلامة مالكية اليد **قال** وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة • الولد المولود في الكتابة
يسعى في كتابة ابيه على نجومه فان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء
والمولود المشترى في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا هما اعتبار بالمولود
بجامع انه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيها بخلاف الاكساب فان المولى لا ينفذ له في اكسابه ولهذا
لا ينفذ على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء
ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في اخر جزء من اجزاء حياته بطريق الاسناد ولما
حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك
ان كوتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا
فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فاذا حكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني اخر
جزء من اجزاء حياته على ما مر من اسناد الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت **قال** وان مات المكاتب
وله ولد من حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان ان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد حر من امرأة
حرة وترك دينا على الناس وفي مكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان
لان الدين باعتبار ماله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يثبت القضاء بالحاق
بالام لامكان الوفاء في الحال واما ان الولاء لموالي الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فان جنى
هذا الولد جناية وقضى بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف
اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانفاذ فيحمل مات عبدا
واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا اي بقاء
الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه فيجتهد ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء لهم زيدا فذا انفسخ الكتابة
لا نتفاء لازمها وهو اتحاد جر الولاء لما تقدم في الاولى ان ذلك جزء اللازم والشيء ينتفي بانتفاء جزئه فيلزم فسخ الكتابة

انهم يحسنون صنعا

مبني

مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة
رعاية لحق المكاتب وليس احد البطلانين ارجح من صيانة كتابة اختلف الصحابة في بقائها **قال** واما ادى
المكاتب من الصدقات الى مولاه اذا كان المكاتب اخذ من الزكوات شيئا وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى او قبله
فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد قد تملكه صدقة والمولى يتملكه
عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما اهدت اليه وهي مكاتبة
حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذ من الزكوات لغني
او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء
فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظاهر
لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ابتداء ولهذا وجب نقض الاجارة في المكا
اذا اجر امته ظئرا ثم عجز وكذلك عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك
في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا اجر المكاتب امته ظئرا ثم
عجز لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها اصلا وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه
اذلالا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة فلا حاجة للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل
الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب
واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان
المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا انفا وههنا
سؤال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى تحقق ذلك تبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في
مقابلة الرقبة للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعكس بالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا
بتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى
ان بقاء المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به وكان تبدلا **قال** واذا جنى العبد فكاتبه مولاه
ولم يعلم بالجناية لم يصر مختارا للفداء ويجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع
قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والفداء لان هذا اي
احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا بمانع فان الاصل عبارة عن حالة
الحق في مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمانع عند حال الكتابة قائم اما عن الفداء فلما مر من عدم العلم
واما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي ولذلك لكن اي ولكون ما ذكرنا
من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي
اي بموجب الجناية عليه اي المكاتب في جنايته ثم عجز فهو اي ما قضي به من موجبها دين في ذمته يباع فيه لان المكاتب
اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه
وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا ترى
ان في جناية الولد وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية لانه احق بكسبهما هكذا ذكره الامام
الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة
قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه
ابو يوسف وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا ان يقضي المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع
وهو الكتابة قد زال فالجناية فاما دفعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد
ولنا ان حق المولى في الرقبة لا في القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن

أرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية ولنا أن القول بالموجب وهو أنا سلمنا أن المانع من الدفع والكل الكلام فإنه تأويل للزوال أو لا وإنما في قوله لا إمكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فإن قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال فيه نزاع لأن مذهب زفر أن جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضا والقضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا لظهوره فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان عود الموجب الأصلي فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإنه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لأنهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء القيمة **قال** وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة لأنها سبب حريته وحريته حقه وسبب حق المرء حقه لإفضائه إلى حصوله فالكتابة حقه فإذا مات المولى لم تنفسخ كيلا يؤدي موته إلى إبطال حق غيره ويقال له أد المال إلى ورثة المولى على نجومه أي مؤجلا لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لأن المولى لما كان صحيحا صح تصرفه بتأجيل الكل لإسقاطه بخلاف ما إذا كان مريضا وكاتب فإن المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيقا لأنه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كإسقاطه **قال** إلا أن الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغيير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يجيء تغييرا في عقد الكتابة لأنها باقية كما كانت كما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يجيء تغييرا فكذلك دين الكتابة فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه إذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالإرث ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإن أعتقوه جميعا عتق استحسانا ووجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان أن يصير إعتاقهم إبراء فإنهم يملكونه بطريان الإرث فيه وإذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما إذا أبرأه مولاه فإن قيل فاجعل إعتاق الورثة إبراء عن نصيبه قلنا لا يصح لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحا للعتق والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض البدل وأدائه لا في بعضه ولا في كله لأن عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق شيء منه وإذا لم يمكن إثبات المقتضي لا يثبت المقتضى فلا وجه لإبراء البعض وكذلك إبراء الوارث لا يلحق بقية الورثة

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الأبواب على النهج المتقدم للمكاتب إلى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الأثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الإرث والعقل **قال** الولاء نوعان تنوع الولاء لاختلاف السبب إلى نوعين فالأول ولاء العتاقة ويسمى ولاء نعمة اقتضاء لقوله تعالى وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي بالإعتاق وهو زيد وسببه العتق على ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر مشايخنا أن سببه الإعتاق استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وإنما كان ذلك صحيحا لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا إعتاق فجعل العتق سببا أولى لعمومه والثاني ولاء الموالاة وسببه العقد على ما سنذكره قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة بيان لسبب النوعين فإن كلا منهما يضاف إلى شيء والإضافة تدل على السببية كما عرف في الأصول وقوله والمعنى فيهما التناصر بيان لمفهومهما الشرعي وكانت العرب تتناصر بأشياء بيان وجود التناصر فيهما فإن العرب كانت يتناصرون بها وبالحلف والمحالفة وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف **قال** وإذا أعتق المولى مملوكه إذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن مأخذ الاشتقاق علة لذلك الحكم فإن قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لا الإعتاق

شيء

شيء من الإعتاق فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق قوله ولأن التناصر به أي بسبب الإعتاق دليل على الأثر الثابت به وهو العقل والميراث وتعزز المولى يتعزز بولاء عبده ويتقوى بسبب العتق ومن ينصر يتحصن بعقله لأن الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والولي أحياه يعني بإزالة الرق عنه لأن الرق هالك حكما ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء من القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان إحياء معنى ومن أحيى غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث فكذلك الولاء ولأنه ثبت أنه بفعله ورثه لأن الغنم بالغرم فقوله ولأن الغنم بالغرم يحتمل الوجهين فلهذا أخره لقوله وكذا المرأة تعتق يعني أن ولاء معتقها لها لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما معطوف على قوله لما روينا يعني ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة وروي أن بنت حمزة أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوي الحال في ثبوت الولاء الإعتاق بمال وبغيره والعتق بقرابة أو كتابة عند الأداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها لإطلاق ما ذكرناه يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وما ذكره في المعنى المعقول فإن شرط أنه سائبة أي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح **قال** وإذا أدى المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح وذكر مسألة جر الولاء ومر مواضع الجر عن غيره والأصل في ذلك أن العتق إذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه أبدا وإن وقع تبعا لأمه ثم عتق الأب جر ولاء ابنه إلى مواليه وعلى هذا إذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاؤهما له فإن أعتق الأب بعد ذلك لا يجر ولاءه لأنه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا لمالك الأم والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا وإذا أعتقت الأم وهي حامل أو أعتقت وولدها بعد العتق لأقل من ستة أشهر وولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الأب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء إلى موالي الأب لأن المولى قصد إعتاق الأم فواضح وإن ولدت لأقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه عنه وكذا إذا ولدت أحد التوأمين لأنهما يتعلقان معا فإن قيل الحمل إذا والى رجلا والزوج والى غيره كان ولاء الولد لموالي الأب فما الفرق أجيب بأن الحمل غير قابل لهذا الولاء مقصودا لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له وإذا أعتق ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لموالي الأم لأنها لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فإن أعتق الأب جر ولاء ابنه إلى مواليه لأن الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب الحديث ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالي الأم كانت ضرورة عدم أهلية الأب لذلك فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه كما أن ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا أكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب إليه ونوقض قوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق بأن كانت الأمة امرأة مكاتب فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب والجواب أن العود إليه بعود الأهلية ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لأنه يصير مراجعا بالشك لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك استند إلى حالة النكاح وكان

الولد موجوداً عند الاعتاق فعتق مقصوداً ومن عتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين من هذا انها اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت
به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف باختلاف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي
فولاء الولد لموالي الاب لتيقننا بمراجعته وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل بين يديه وبين
ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب • تزوج مسلم من العجم
لم يعتقه احد بمعتقة من العرب فولدت اولاداً فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وامو الهم
لا لذوي ارحامهم حتى لو ترك هذا الولد خاله او عمه لم يكن لهما شيء في وجود معتق الام وعصبته وعند
ابي يوسف حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء عتاقة وانما يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان
الاب عربياً والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي امه لان النسب الى الاباء فان قيل لما كانت النسب الى الاباء
وجب ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معنىً لانه لا يملك شيئاً ولانه اثر
الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ فصار حال هذا الولد في الحكم حال
من لا اب له فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم ههنا اذا كان الاب حراً لان الحرية حياة باعتبار
صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حق اعتبر الكفاءة
فيه اي ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبر وصفها في الكفاءة فمن له اب واحد في الحرية لا يكون كفواً
لمن له ابوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا
حتى جعلوا من له اب واحد في الامارة كفواً لمن له ابوان في ذلك قال المصنف الخلاف في مطلق المعتقة وانما
قال ذلك لان محمداً رحمه الله ذكر المعتقة مطلقاً حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع
القدوري في معتقة العرب اتفاقياً وذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمداً ذكر المعتقة مطلقاً ولاشتماله
على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب قوله كالمولود بين واحد من الموالي يعني العجم فان العجم اذا تزوج
لعربية فولدت اولاداً فانها تنسب الى قوم ابيهم فكذلك اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة
وقوله وان كان الابوان الوالدان معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح
لسه بالنسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب
في الشرف والدناءة فكذا في الولاء ولان النصرة به اي بالاب اكثر **قال** وولاء العتاقة
تعصيب • التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنهم قولهم الذكر يعصب الانثى وهو اي قوله العتاقة
احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبداً فاعتقه وهو اخوك ومولاك
إن شكرك فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثاً كنت انت عصبته
فولاه هو اخوك في الدين وقوله ان شكرك يعني في المجازاة على صنيعك فهو خير له لانه
اتى ما ندب اليه وشر لك لانه وصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينتقص بقدره من ثواب الآخرة
وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الآخرة وقوله كنت انت عصبته لانه لا يحتمل
ان المراد ولم يترك عصبة حيث لم تقل كنت وارثه وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما
على سبيل العصوبة مع قيام وارث هي بنت البنت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى بنت الميت النصف
والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي يأخذ ما ابقته الفرائض واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام
وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات
على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك وارثاً وارث هو عصبة بدليل الحديث كما قلنا في بيان
قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني فانه جعل بنت حمزة متأخرة عن العصبة دون ذوي الارحام

وان لم يكن له الا المعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق ولو قال وان لم يكن له الا نافلة قول القدوري هذا اذا لم يكن هناك
صاحب الفرض وحال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكروا الحد الجملة ها وتلك احدهما ان معنى
قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي العصوبة
اما اذا كان فله اي مثل هذا الوارث الباقي بالعصوبة ولكن للمعتق والثاني ان معناه ذو حال
واحد كالبنت اما اذا كان منه ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني
اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة على ما روينا وهو اشارة الى قوله ولم
يترك وارثاً كنت انت عصبته وهو واضح وقوله وهذا اشارة الى قوله لانه عصبة يعني انما كان
عصبته لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة اي القبيلة وتقرير العصبة من يكون انتصار
القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في اول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر
بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله والعصبة تأخذ ما بقي تمام الدليل
وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى
دون بناته لما ذكره في الكتاب وقوله ما قدمناه اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة
اشهر الى ان قال جر الاب ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق في النهاية فلا علي التحرير
فليطلب ثمة **قوله** ولان ثبوت المالكية دليل معقول على ثبوت الولاء لمن اعتق او اعتق
من اعتق وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته
شيء يجب اليه لانه نعمته اذ ذاك ثبوت المالكية نسب البنا بالولاء ونسب البهائم ينسب الى مولاها
لان معتق المعتق ينسب الى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت
الا من الاب لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لان المالك والمرأة المملوكة ولكن
حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون
لاصحاب الفرائض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة يخلفه فيه من يكون به النصرة والنصرة
بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى اباً او ابناً فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته
امرأة اعتقت عبداً ثم ماتت عن اب وابن ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول
ابي يوسف اولاً ثم رجع فقال لابيها السدس والباقي للابن لان الابوة يستحق بها البنوة لان الولاء
يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر
محروماً عن ميراثها فكذا عن ميراث معتقتهما ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد
موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منهما بالفريضة
دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه اباً ابيه واخاه لاب وام او لاب كان ميراثه للجد عند ابي حنيفة
لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امرأة اعتقت عبداً وماتت
وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن
اقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها وجنايتها
على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابناً وبني ابن آخر فميراث
المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم
ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا الا ترى ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيراً
وكبيراً ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب
فيستحق الجميع **باب ولاء الموالاة**

أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة غير قابل للتحول بل كان أقوى بخلاف ولاء الموالاة فإن للمولى فيه أن يتحول قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولاء أن يسلم رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له أو لغيره واليتك على أني إذا مت فميراثي لك وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينتسب إلى غيره أما نسبة غيره إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا فإن قيل من شرط العقل عقل الأعلى وحريته فإن موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلثا أجيب بأن المذكور تمامي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصورة وأما ما ذكرت فإنما هو نادر فلم يذكر وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير خلا قوله وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كان من ذوي الأرحام فإنه أورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كما لو أوصى بكل ماله لآخر وله وارث معروف أجيب بأنه جعل بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ود والقرابة أرجح لأن القرابة متفق على ثبوتها شرعا وإن اختلفوا في كونها سببا للإرث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى عنه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية في الثلث فإنها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لأنه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الإرث لترجح استحقاق القريب عليه وخلا قوله إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل فإنه أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان ينقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب بأن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فإن العقد بينهما وفي نفوذ أحدهما المتوام الفسخ على الآخر بدون علمه وإلزامه على الآخر بدون من غير علم به نفسه ضرر لا محالة لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه إبطال فعله بدون علمه وخلا قوله لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فإن عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح وحكما يصح كما لو أعتق العبد الذي وكله ببيعه فإنه أورد عليه لماذا لم يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الأول وأجيب بأن الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء لو عرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول ذكر ذلك كله في النهاية.

كتاب الاكراه

قيل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة مال المولى الأسفل بعد موته إلى أجله كما أن الإكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فكان مناسبا أن يذكر الإكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة حمل الإنسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلانا أي حملته على أمر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختياره ومع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الإكراه وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الإكراه الثلثة وموضعه أصول الفقه. **وقوله** مع بقاء أهليته إشارة إلى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكره مخاطبا وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب. **قال** الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به شرط الإكراه حصوله ممن كان قادرا على إيقاع المتوعد به سلطانا كان أو لصا وخوف المكره وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير

بالإكراه محمولا على ما دعي إليه من المباشرة فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما يجيء تفصيله ولم يفرق بين حصوله من السلطان واللص لأن تحققه يتوقف على خوف المكره تحقق ما توعد به ولا يخاف إلا إذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قال المشايخ رحمهم الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لأن مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فإذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو الإقرار بمال له أو إجارة داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس فهو إكراه يترتب عليه الحكم فإن فعل ما دعي إليه ثم زال الإكراه فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فيفسد وإن أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لم يكن إكراها لأنه لا يبالى به نظرا إلى العادة إلا إذا كان المكره صاحب منصب يعلم أنه يستضر به فهو إكراه لوجود العلة حينئذ وهو فوات الرضا. **قوله** وكذا الإقرار حجة معطوف على قوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد أي والإقرار أيضا يفسد بالإكراه بهذه الأشياء وذلك لأن الإقرار إنما صار حجة في غير الإكراه لترجح جنبة الصدق وعند الإكراه يحتمل الكذب لدفع الضرر فلا يكون حجة بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر فهو إقرار كما في البيع إلا إذا كان المكره صاحب منصب أي عز ومرتبة فإن الشرفاء والأجلة من العلماء والكبراء وأصحاب المناصب يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيره من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به ثم إذا باع مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف على الإجازة قبل الإجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله لأن الإيجاب والقبول صدرا من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهذا المال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار إنما لا يفيد لأنه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فإذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة فإن قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزا بالإجازة فهو أجاب بأن بإجازة المالك يرتفع المفسد وهو الإكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فإن المفسد فيه باق وقوله إلا أنه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فإن فيها إذا باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا لم يبق للبائع الأول حق الاسترداد وههنا لا ينقطع بسبب الإكراه حق الاسترداد وللبائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك لأن الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني قال المصنف ومن جعل البيع الجائز المعتاد فاسدا يريد به الوفا بيع الوفا وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أني إذا دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلي وقد

اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس لحاجتهم اليه واختاره المصنف واشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سميا بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه اذا كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبائع الاسترداد اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما تكلما بلفظ البيع وليس قصدهما وكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو اجاز احدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله هو المعتاد لحاجتهم في عرفهم لا يقولون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى ان يرد البائع الثمن الى المشتري ويبقى المشتري برد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه ببيع او هبة ولهذا سموه بيع الوفا لانه وفى بما عهد من رد المبيع **قال** فان كان قبض طوعا اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة وكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبضه اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا كان للتملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه وان هلك المبيع على يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير غير متصور وكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع باداء الضمان وان ضمن المشتري اي مشتر كان بعد الاول نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على سبيل الترديد بين تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هنالك اجاب بقوله لانه اسقط حقه يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته احد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا فرق الحال بين

الثمن

معارضة

اجازته

اجازته البيع الاول والاخر ولهذا انفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها

فصل

لما ذكر احكام الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول او الفعل والثاني ان كان على فعل فليس بمعتبر ويجعل كان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر وعلى هذا ان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف فيه تلف النفس او العضو او قيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس او العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه ابيح له ذلك ولا يحل له ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الملجئ يثبت من غيره بغلبة الظن لان بدن الانسان في احتمال الضرب متفاوت وليس ثمة نص مقدر فيعتبر فيه غالب راي من ابتلي به ولا معتبر بمن قدر في ذلك ادنى الحد وهو ان يقول ان هدد باقل منهما لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك نصب المقدار بالرأي وهو لا يجوز وان صبر حتى اوقعوا به اي قتلوه او اتلفوا عضوا منه ولم يتناول وهو عالم بالاباحة فهو آثم لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حال المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة بصفة انها ميتة او خمر وهي قائمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم ان الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان بيانا ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا محرم حينئذ فكان اباحة لا رخصة فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف نفسه او عضوه فكان آثما لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفته الفقهاء فيعذر اوساط الناس بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام **قال** وان اكره على الكفر بالله اعلم ان كل ما لا يعتبر اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يحل الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امروه به من اجراء كلمة الكفر لكنه يوري والتورية ان لا يظهر خلاف ما يظهر فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمينان القلب وجاز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان ظهر ما امر به موريا كان او غيره على المعنى الشائع وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم فعد عد الى طمانينة القلب لا الى الاجراء والطمانينة جميعا لان ادنى

درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحاً وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه اصول الفقه قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديراً لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد نفساً وفوت حق الله تعالى توهماً فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجوراً لان خبيباً رضي الله عنه صبر على مثل ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله اي فيه كلمة مثل زائدة وهو رفيقي في الجنة وقصته معروفة وفيه ايضاً ولان الحرمة باقية لبقاء قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع وكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر لان الحرمة هناك لم تكن باقية للاستثناء كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر على اللسان حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والعفو ليس من ضرورته نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفياً مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضاً او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان الامر في قوله صلى الله عليه وسلم فان عادوا فعد للاباحة وقولهم ان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرهاً لا في الكفر **قال** وان اكره على اتلاف مال مسلم • وان اكره رجل على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان ياخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والتكلم والوطي فانه فيهما لا يصلح آلة له وان اكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثماً لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح بضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه واما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان يجب على المكره والمكره جميعاً او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول هو قول الشافعي والثاني قول ابي يوسف والثالث قول ابي حنيفة ومحمد والرابع قول زفر رحمه الله له ان الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحساً فانه معاين مشاهد لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على الاتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقرراً عليه شرعاً فجاز اضافته الى غيره وبهذا تمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره وتوجهه على المكره ايضاً لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدوا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حياً فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلاً للشافعي وهو يضيفه الى غيره ايضاً والجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبباً فلا تنافي ولابي يوسف ان القتل الحاصل من المكره وابي حنيفة ومحمد لان تاثيم الشارع يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولاً على الفعل بدليل

على انه

على انه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياة والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فصار آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة له لاضيف الاثم الى المكره كالقتل اجاب بقوله ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصوراً عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف مالية العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضاً لم يعتق العبد وكما نقول في الاكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابته مخمصة فقتل انساناً واكل لحمه حتى بقي مؤثراً ايثار الحياة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان اكل مضطراً كالمكره لانه ليس ثمة من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الامر بالغاً عاقلاً او معتوهاً او غلاماً غير بالغ فالقود على الامر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخي شيخ علاء الدين عبد العزيز الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها ونقل عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الامر صبياً او مجنوناً لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي وهذا المجنون وهو مجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه **قال** وان اكرهه على طلاق امراته وان اكرهه رجل على طلاق امراته او على اعتاق عبده ففعل ذلك وقع ما اكرهه عليه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون اكراهاً بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة صح الاضافة اليه فله ان يضمنه موسراً كان او معسراً ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان ففيما اذا قال المكره اردت لقولي محرر عتقاً مستقلاً كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه اتى بما امره به على وفق ما اكرهه وكذا اذا لم يخطر بباله سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذباً واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعاً في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذباً ولا يضمن المكره شيئاً لان العبد عتق بالاقرار طائعاً لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب انا لا نسلم ان الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضاً عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلاً سلمنا ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالاً كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرهاً لان منافعه بعد ما لا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا ترى انه اذا نفى الولاء لم يرجع الا بضمان واما عدم السعاية فلانها انما تجب للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانياً او لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وعلى مذهب ابي حنيفة سالم عن النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق عبده ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد وزاد لدفع التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفاً للعبد حكماً

فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئا ويرجع بنصف مهر المرأة الجواب فيما إذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا إلا أنه لا يدخل بها نظير الجواب فيما إذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره إلا أن الرجوع هنا بنصف الصداق وثمة بقيمة العبد كله وإن لم يسم رجع على المكره بما اكرهه من المتعة لأن العلة في الكل واحد وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لأن ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بغير اكراه أو بالارتداد والعياذ بالله وما كان عنه تأكد بالطلاق مكرها فما كان على شرف السقوط تأكيده وللتأكيد شبه بالايجاب فكأنه أوجب ذلك على المكره ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل أي طلق أو اعتق فهو جائز والقياس لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان أن الاكراه يؤثر في فساد العقد وكان كالشرط الفاسد والشرط الفاسد لا يؤثر في فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطا فاسدا فإنه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقاد وأما إن كان الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة ولأنها من الاسقاطات فإن تصرف الوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه وإذا لم يفسد بها كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع المكره على المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس أن لا يرجع لأن الاكراه وقع على الوكالة دون زوال الملك لم يقع بها فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف إليه كما في الشاهدين يشهدان أن فلانا وكل فلانا بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل وقد حصل ذلك وكان مانعا وسيلة إلى الازالة فيضمن ولا يضمن ضمانا على الوكيل لأنه لم يوجد منه الاكراه. **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل وضابط ذلك أن كل ما لا يقبل الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لأن الاكراه من حيث منع الصحة لأن الاكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق كما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فإن اكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع به على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا إذا اكره على يمين تحلف العتق أو على ظهار ففعل فهو صحيح وكذا على رجعة ففعل صح أو ايلاء فقال أو على يمين في إيلائها باللسان ففعل صح لأنها أي الرجعة والايلاء والفيء يصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن الاكراه على اعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وإن عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لأنه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه وإذا أبى له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست بمضمونة على أحد وإن ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من القربان في المدة فإذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بما لزمه من الصداق وإن قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لأنه أتى بضد ما اكرهه عليه وإذا اكره على أن يخالع امرأته منه ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو وهو ظاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فلأن لا يمنعه ببدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرهها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بإزاء ما سلم لها من البينونة ولا شيء على المكره للزوج لأنه أتلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فإن قيل إن خالعها وهي غير مدخولة

فاستحقت

فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيده ما كان على شرف السقوط أو لا قلنا لا يرجع لأنها إن ساق الزوج إليها المهر كله أو لا فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة فلأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا يصح وإن لم يسق رجع عندهما خلافا له لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة لكنها براءة. **قال** وإن اكرهه على الزنا وجب عليه الحد قال أبو حنيفة أولا إن اكره أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته وذلك لا يكون إلا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فإنها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه إذا كان المكره هو السلطان لأن الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لأن الانزجار كان حاصلا إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فصار ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا أوجه قول أبي يوسف ومحمد أنه لا يلزمه الحد وأما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحققا لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله أن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجي إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع من ذلك لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر إظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الأولى فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأن الاذن له ليس بحلال الوطء فكان إذنها لغوا لكونها محجورة عن شرعا وإن اكره على الردة ثم بانت امرأته منه لأن الردة بتبدل الاعتقاد الاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لم يكفر وفي تبدله شك وكان الايمان ثابتا بيقين فلا يثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز أن يجعل كلامه دليلا أخص هنا أن يقال إن الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه ولأن أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لأنه أمر مغيب لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول قولها فتقع الفرقة لأن التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ عنه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث أن اللفظ دليل ترجمة لما في القلب وإن تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه وعلى الاسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل أن يكون لفظه موافقا اعتقاده واحتمل أن لا يكون رجحنا الاسلام في الحالين قيل أي في حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لأن الاسلام يعلو ولا يعلى فلم يجعل كافرا في الصورة الأولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للإسلام وهذا في حق الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس

بمسلم وكان هذا إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة أن الإيمان هو التصديق والإقرار باللسان شرط إجراء الأحكام وليس ذلك من مذهب أصول الفقه فإنهم يجعلون الإقرار ركنا ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند التلفظ والشبهة دارئة للقتل **قوله** ولو قال الذي أكره معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قل بئت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره عليه على الإنشاء دون الإقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر هو الصدق وحالة الطواعية لكنه مصدق ديانة لأنه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لأنه لما خطر هذا بباله أمكنه الخروج عما ابتلي به بأن ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الإمكان فإذا لم يفعل وأنشأ كلمة الكفر كمن جرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أن الكفر تبين امرأته قضاء وديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء يفرق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لأنه إذا أكره فإما أن يخطر بباله غير ما طلب أو لا والثاني هو الأول والأول إن خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الإخبار عما مضى كاذبا وأراده فهو الثالث وإن لم يرده فهو الثاني وإذا ظهر لك هذا أمكنك أن تخرج مسألة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم نعوذ بالله من ذلك كله وقوله لما مر إشارة إلى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه متفقة على حق الله وهي أحد قطبي أمر الديانة والآخر التعظيم لأمر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرف الفقه عبارة عن المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الأسماء والحجر بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ما وأما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبي كما يجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهليته للتصرف إنما هي بالعقل لكن أهليته متوقفة وإذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه حجر عليه لرعاية حق المولى كيلا يتعطل عليه منافع عبده فإنه لو لم ينفذ الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابها التي هي منفعة المولى وكذلك تعطيل لها عنه وكيلا يملك رقبته بتعلق الدين به وإذا لم يكن له كسب غير أن المولى إذا أذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال **قال** ومن باع من هؤلاء شيئا. أراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرف فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد موقوفا إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصد لإفادة هذا الحكم أعني كون البيع سالبا والشراء جالبا وهو احتراز عن الهازل فإن بيعه لا يفيد هذا الحكم والولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظاهر وأورد سؤالا على الشرى وهو أن الأصل في الشرى النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد موقوفا على الإجازة وأجاب بأن

التوقف

التوقف إنما يكون إذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد ذلك لعدم الأهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فتوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره إنما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى أما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الإشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فأورد الإشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكره شيخي في شرحه **قوله** وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الأقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الإجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فإنه يوجب الإعدام من الأصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فإنه لا حجر فيه على العموم قوله دون الأفعال يعني أن المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الأفعال لأن الشأن أن الأفعال لا مرد لها حتى أن ابن يوم لو انقلب على قارورة إنسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون إذا أتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال لأن الأفعال توجد حسا ومشاهدة ويحصل بها الإتلاف والإتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا إتلاف بخلاف الأقوال لأن اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به وأما في العبد فالقصد وإن وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فإن قيل الأقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الأفعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الأقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الأفعال فإن الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن أن يجعل غير موجود والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا ترى أن القول من الحر البالغ العاقل إذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الأفعال فإنها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله إلا إذا كان استثناء من قوله لا مرد لها يعني أن الأفعال إذا وجدت لا مرد لها لكن إذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص تجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحد والقصاص **قال** والصبي والمجنون لا تصح عقودهما أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وإنما أعاد المسألة تفريعا على الأصل المذكور أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتتسق القوليات في موضع واحد وقوله لما بينا إشارة إلى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما ولا إعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه والإعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الأخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المآل فلأن المصلحة فيه تتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة ولهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته أي الولي بخلاف سائر العقود **قوله** وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه لتفريع الأفعال على الأصل المذكور ومعناه ظاهر قوله والحائط المائل بعد الإشهاد يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان وقوله

على ما بينا اشارة الى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله فاما العبد فاقراره نافذ معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ومعناه ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

باب الحجر للفساد

اخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد هاهنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير والاتلاف على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا متلفا ما لا غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله عند ان الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء واستدل المصنف بقوله لانه مبذر ماله بتصرفه لا على وجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا الحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة والدليل على صحة هذا منع المال منه لان التاثير في المنع منه لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي فلا يصح لان الحجر على السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه والفاسق نظير فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق بعينه فيحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه اجيب بانه قال مخاطب عاقل وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حر سقط الاعتراض وهذا اي عدم الحجر لان في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار آدميته وهو ظاهر قوله ولا يصح القياس على قول المال جواب من قولهما ولهذا امنع عنه المال وتقريره ان منع المال منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه قوله ولا على الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفيه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة لما ذكرنا انه عاقل والجري على اختلاف بسوء اختياره فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني ان منع المال بدون الحجر مفيد لان غالب السفه لا يكون الا في الهبات والصدقات وذلك لا يتوقف على اليد اي لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان تعلل لم يقيد قوله واذا تفرع على مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي اذا حجر على السفيه على رايه ثم رفع حكمه على قاض اخر فابطل حجره واطلق جاز تصرفه وكان الواجب ان لا يجوز لان قضاه لا في مجتهد فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا يقضي له هاهنا سلمنا وجود المقضي له على اختيار لعبد وهو ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضا مختلف فيه فان ابا حنيفة لم يرفيه فصار مختلا للقضا يحتاج الى امضا فلو دفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر نفذ دفع الخلاف ... لا ان ممضيا به فلا يقبل النقض بعده ذلك ثم ان عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرف فيه قبل ذلك نافذ لانه لا يحجر عنده فاذا بلغها دفع اليه ماله وان لم يونس الرشد وقالا لا يدفع اليه حتى يونس رشده وتصد

عبارة

عنا انه في الحجر بين الاحد وحاضره ظاهر ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي كالصبا في حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التاديب وهذا لا يكون الا على وجه احدها انا سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا لا يقتضي ان يكون علا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه السن يصير جدا ... اقل مدة البلوغ في الانثى ... واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب لا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان تجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى آخره قوله ولان المنع دليل آخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر الصبى لان العادة جرت انه في اوايل البلوغ ثم ينقطع بتطاول البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد رد ذلك بخمس وعشرين سنة لان مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ محسوب في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء على ما اشار اليه صلى الله عليه وسلم بقوله مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس باثر الصبا فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد وفيما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه ولكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه اصلا فكان متناهيا في الاصالة والله اعلم

قال ثم لا يتاتى التفريع على قوله اراد ان التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره لقوله عليه السلام فاذا باع لا ينفذ لا يتاتى على قول ابي حنيفة وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع بعد التطهير فاذا باع بعد الحجر عليه فيكون موقوفا فان راى الحاكم فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة لو كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده لم يجز لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده دون ان يكون في يده شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر وهو اهدار ادميته والنظر له في ابقاء ملكه على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة عنده السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الحكم اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى يحجره القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا بعد الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله فلم يجعل قولهما بالذكر احترازا عنه **قوله** لان عند ابي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا يرى الحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكر في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل لا من كل وجه بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من وجوه الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا الوندر بهدي او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم

يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجبت عليه السعاية فالمراد لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والا
ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح ان يقال لقصد اللعب به دون ما وضع
الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية بما يرجع الى الاتلاف
يستلزم عدم تنفيذ الكفارة والنذور لان في تنفيذها اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع
ماله باليمين والحنث والنذور وعن الثاني ما يجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام ترك
ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة
الحجر بسبب الرق في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من ان يكون اهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب
سببها كما ان الرق كذلك ولا ينفذ بعد شيء من تصرفاته الا الطلاق والعتاق ولا يصح من الرقيق فكذا
من السفيه قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق
للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا فاذا
صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبوله
فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض لاجل النظر لغرمائه وورثته فان العتق المريض عبده اوجب عليه السعاية
لغرمائه او لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لمعنى النظر الى اخر النكتة وعن محمد انه لا
يجب عليه السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا للمعتقة وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير
المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى للساكت ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر
بحقيقته لانه لما ملك اثبات حقيقة العتق فلان يملك اثبات حقه كان اولى الا انه لا تجب السعاية في حق المولى
لانه باق على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا فان مات ولم يؤنس منه رشد سعى في قيمته
مدبرا لانه عتق وهو مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا ترى ان مصلحا لو دبر
عبده في صحته ثم مات وعليه دين محيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي ان يسعى
في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان
الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببيته في ايجاب
السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل
سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد لذلك واجيب بانه وصية
من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا ترى ان الوقوع في الوصية صحيح دون التدبير ولو ولدت جاريته
فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله والقاؤه من
الحوائج الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات
بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا ولم يكن معها ولد اي ان لم يعلم لها
ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير فلا ينفذ على بيعها
فان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شاهد وهو الولد فصار كانه قال انت حرة تمنع
بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير فلا اقل من
دفع الحجر عن تصرفه ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته على هذا التفصيل يعني ان يكون معها ولد
او لم يكن الى اخره **قال** وان تزوج امراة جاز نكاحها كالامة واضح وقوله في المريض يعتبر
من الثلث وههنا غير معتبرة اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعتبر مهر المثل وصار كالمريض مرض
الموت يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض
يعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني يعتبر مهر المثل

لا الزيادة

لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه
يصح تسمية مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وهذه
المسالة يعتقد ابو حنيفة رحمه الله على انه لا فائدة عليه في الحجر لانه لا يسد باب الاتلاف لماله عليه بهذا
الطريق بل هذا اضر له من اتلافه بطريق الهبة اذ هو مكتسب الحمد في البر والاحسان والمذمة
في التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق قوله ويخرج الزكاة من مال
السفيه والاصل في هذه المسائل ان ما اوجبه الله عليه من امر اوجبه الله كالزكاة وحجة الاسلام او كان
من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر
في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى تقوم
البينة عليها وعشرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه ولا يلزمه شيئا الا
في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديقه لا يحمل
لغيره على ذلك نفسه بالنسب والسعة لا يؤثر في معنى الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات
عشرة المقر له والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة وقوله وهذا اي ما ذكرنا مما
اوجبه الله وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف او نذر يعني مما اوجبه على نفسه حيث لا يلزم
المال بل يكفر يمينه وظهاره بصوم لكل حنث ثلثة ايام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان
كان ماله كاملا لما ذكر حال التكفير لانه اي كل واحد مما يجب بفعله اذا السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير
لهذا الباب ونضيع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فانى يصح مع
القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من اعتقه السفيه كما
تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار **قوله** وان اراد حجة الاسلام ظاهر قوله ولو اراد
عمرة واحدة استحسانا لذلك والعبارة انه لا يعطى نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد
الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجري فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن
ولزمه الدم يؤدي اذا اصلح بوصية فحكمها حكم المريض والعبارة نفيها كما لو تبرع في حياته واستحسنوا
فيما اذا وفق الحق وما يتقرب الى الله به ان يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع
الاستغناء من المال في امر دنياه وحينئذ لا نظر له في المنع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن
بعد موته وفي تنفيذ هاذلك وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفايات المنتهى ثم ذكر
ما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في اربعة مواضع
احدها انه يجوز للاب ووصي الاب ان يتصرف على الصغير يشتري له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف
الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي
العاقل والثالث انه يجوز عتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ
اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره **قوله** ولا يحجر على الفاسق
اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر ومبنى هذا الاختلاف
على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما
للنظر في ماله فاذا اصلح حاله لم يبق عليه حجر وذلك لان الله قال فان انستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم منكرا الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس
منه الرشد ولانه اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم في
اول كتاب النكاح ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي من ليس بسفيه لكنه متغفل يغبن في

التجارات ولا يجبر عليها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه و[سلم]
فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام واجيب بان
الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف المال كالسفيه فلا يعارضه
خبر الواحد ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه ٥

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان
احد اسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قوله بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم بالضم
ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو
الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم ثماني عشرة سنة
وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند
ابي حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي
وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا اقل مما قيل فيه لان بعضهم قال اثنان وعشرون
وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه قوله واذا راهق الغلام او الجارية
يقال راهقه اي دنى منه وصبي مراهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك منه فقال
قد بلغت فالقول قولهما ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتي عشرة سنة او اكثر ولا يقبل فيما
دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة
وفي حق الجارية تسع سنين

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم اخره وينبغي
للقاضي ان يشهد انه حجر عليه في ماله احتياطا لنفي التجاحد ان وقع وان تبين ان الحجر كان بسبب الدين لانه
يختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث
نفذ وان تبين من الحجر لاجله باسمه لانه ربما يقع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وابو
حنيفة لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل
اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى ان لو كانا
في شخص واحد فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا
ولو لم يكن الا ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن
واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا
بالنص ولكن يحبسه في دينه ابقاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر
القاضي عليه ومنعه عن التصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن
اليسير كان او فاحشا وقوله البتة موهومة لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به اهلية الانسان ٥
وتركت البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض
والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة فان
التفريق هناك متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع
عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق وقوله والحبس
لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لاجله اي لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس
لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب
وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه قوله كيف اي كيف يصح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما

لانه

لانه اضرار بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله وهذا
عند ابي حنيفة وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي
على المديون في العروض وكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف قوله
عملا بالشبهين قيل عملا بالشبهين قيل انما لم يقل حيث لم يجعل للغريم ولانه الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي قوله
ويباع في الدين النقود وحاصله ان القاضي نصب ناظرا فينبغي ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع
ما كان انظر له وقوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك
مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه لا حجر له
بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه
لمكان الدين الا ترى انه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه اليه بمال الغير فكيف يجوز ٥
اهلاكه لاجل مال الغير وعن ابي يوسف انه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان
انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع
عن الاكتساب في السجن لان فيه نظر الجانبين لجانب المديون لانه ينفق لنفسه وعياله ولرب الدين لانه
اذا فضل منه شيء تصرف ذلك اليه وقوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اي لا يمنعهم
من ان يدوروا معه اينما دار بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم
لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث يطلق في حق
الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله يقسم بينهم بالحصص اي باخذ كل واحد منهم
بقدر حصته بالدين هذا اذا اخذوا افضل كسبه بغير اختياره قبله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي
فقال رجل عليه الف درهم لثلثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولاخر منهم ثلثمائة ولاخر منهم مائتان وما له
وما له خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بدليل يؤمر في مجلس القضاء كيف يقسم امواله بينهم قال اذا كان المديون
حاضرا فانه يقضي ديونه بنفسه وله ان يقدم البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق
احد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم
ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بلبثة الايسار يترجح اليسار
اسم للايسار من ايسر اي استغنى والاعسار مصدر اعسر اي افتقر وفي بعض النسخ على بينة الاعسار العسار
بمعنى الاعسار قال في المغرب وهو الخطأ وقوله لان في الكثر ابيانا لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه غيره
اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة لا يمنعونه الى اخره
تفسير للملازمة ولا يجلسه في موضع لانه حبس وليس بمستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعي ان يجلسه في
مسجد حيه او بيته لانه ربما يطوف في الاسواق والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو دخل داره لحاجة او
في بيته لغداء او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة وعن
هذا قيل اذا اعطاه الغداء واعد له موضعا لاجل الغائط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب
الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشد
عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه
دفعا للضرر عنه وفي منعه عن الاكتساب بقدر قوت يومه ولعياله والدائن الرجل لا يلازم المديونة
لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة تلازمها قال فان افلس وعنده متاع لرجل
بعينه اذا اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع باق في يده فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال
الشافعي يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز

المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما
انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن
دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعني لا
نسلم ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا انعقد رجعت بانقطاعه عن ايدي الناس
كان لرب السلم حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لانه يوجب العجز عن تسليم
العين المنقودة من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة اعني
الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذ لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كما كان المشتري
مليا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو يملك به دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة
بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بينه وبين المفلس والملي فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى
ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فوجد البائع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال
في مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما
رجل فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمائه فيه وتاويل حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان المشتري
كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا ينفسخ العقد اذا
كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد اجيب
بانا لا نسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي ثمن ولم يبق بعد الكساد لذلك ولا يشكل بما اذا عجز
المكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل
بالتنجيم لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد **قوله** ولقبض العين جواب
عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا تبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة
وتقريره ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا
عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الاخر وصف
فيلتقيان قصاصا هذا هو تحقيقه اي تحقيق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين فيجب اعتبارهما ما لم يتعذر
وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم
فانه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك
فيجعل يجب ان لا يجعل العين المقبوض في مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة وكان العجز عنه عجزا عما
اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ

كتاب المأذون

ايراد

كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي
الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله
محجورا عن التصرف في مال المولى فيراد به ان العبد بعد ذلك متصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا
للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى
حجر عنه وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعي فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المصنف رحمه الله
كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية والعامة
لا تخص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط حق المولى لا غير اذ الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق
فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب
من وجهين احدهما انه ليس بالاستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل عليه من حيث كونه حكما لا من
حيث كونه تعريفا وصح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى

وهذا لان

وهذا لان [illegible]
لا للمولى [illegible]
[illegible]
النكاح لمملوك مملوكه للمولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوك له لذلك وليس لاحد ابطال ملكه
بغير رضاه فكان موقوفا وامكن تجويز فلا يتضرر به احد وفيه نظر لانه كلام في ان النكاح الذي يبقى
موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في ان السكوت اجازة او لا ولعل الصواب ان يقال في
ان ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي
باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا الا ان كل من راه يظنه ماذونا له فيعاملونه فيتضررون به لو لم يكن
ماذونا له ولم يكن المولى راضيا لمنعه عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء من العين المذكورة
اعني ان يبيع عينا مملوكا للمولى الى اخره **قال** واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا
قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة ولم يقيده بشيء كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بالاطلاق
فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع الاعيان

أنواع الأعيان لأنه أي بيع الأعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها ولو باع بغبن يسير
جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة خلافا لهما فإن البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود
إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو
خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود ولأبي حنيفة أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه
العبد المأذون لأنه بعد الإذن كالحر يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث بين المريض لحق
الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فإنه يصح من المأذون
بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث أبو حنيفة سوى فيما بين البيع والشراء والغبن الفاحش في قوله
في تصرف الوكيل لأن الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهما في أنه اشترى
لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الآمر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لما مر أنه لا يرجع بما يلحقه
من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبي إذا أذن له أبوه في التجارة
يجوز أن يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة ولو حابى في العبد المأذون في مرض
موته اعتبر محاباته من جميع المال إذا لم يكن عليه دين فينفذ وإن زادت على الثلث وإن كان عليه دين فمن جميع ما بقي
يعني يؤدي دينه أولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا
وارث للعبد لا يقال المولى وارث لأنه رضي بالإذن بسقوط حقه ولهذا لو أسقط الوارث حقه في الثلثين
لنفذ تصرف المريض في الكل وإن كان محيطا بماله يبطل المحاباة فيقال للمشتري أدّ جميع المحاباة وإلا فاردد
المبيع كما في الحر يعني إذا حابى في مرض موته وللمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه وأن يوكل
بالبيع والشراء لأن كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة بغيره ويجوز له أن يرهن
ويرتهن لأنهما إيفاء واستيفاء وهما من صنيع التجار ويأخذ الأرض مزارعة لأن فيه تحصيل الربح لأنه إن كان
البذر من قبله فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج وذلك أنفع من الاستئجار بالدراهم لأنه إذا لم يحصل خارج
لا يلزمه شيء بخلاف الاستئجار بالدراهم وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو آجر نفسه من رب الأرض
لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما يجيء فكذا هذا وله أن يشتري طعاما فيزرعه
في أرضه لأنه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه وله أن يشارك شركة عنان وليس
له أن يشارك شركة مفاوضة لأنها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الإذن فلو فعلا
كانت عنانا لأن في المفاوضة عنانا وزيادة فيصح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ويدفع المال
مضاربة ويأخذها لأنه من عادة التجار وله أن يؤجر نفسه عندنا خلافا للشافعي في أحد قوليه لأنه لا
يملك العقد على نفسه لكونها تبعا عن مولاه في التصرف في كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين
عليه فكذا على منافعها لأنها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله لأن المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع إليه
مالا وما هو رأس المال المأذون لمن يملك التصرف فيه حفظ ورده فالمأذون له يملك التصرف في
نفسه والتصرف فيها إما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها بالإجارة لا
يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فإنه ما أذن له إلا للربح فلو جوزنا التصرف من
حيث الذات أفضى إلى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون
من حيث المنافع وهو المقصود **قال** فإن أذن له في نوع منها دون غيره قد تقدم
أن الإذن عندنا فك الحجر وإسقاط الحق وعند زفر والشافعي أنه توكيل وإنابة وعلى ذلك تنبني هذه
المسألة وهي أنه إذا أذن في نوع التجارة كالبز مثلا دون غيره كان مأذونا له في جميع أنواعها عندنا
وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان إذنا عاما ثم نهاه عن نوع فإن الإذن توكيل وإنابة

من المولى

من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له أي للمولى دون العبد ولهذا يملك
حجره فيتخصص لأنه يتخصص بما خصه به كالمضارب إذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا إن الإذن
إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه في أول كتاب المأذون وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص
بنوع دون نوع لكون التخصيص إذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالإذن في النكاح
فإنه فك الحجر وإسقاط الحق وإذا أذن للعبد أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الإذن
فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لأن النكاح تصرف مملوك المولى لأنه لا يجوز إلا بولي والرق أخرج
العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل
والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه الله به فإن قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الإذن وقد
يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون غيره من الحوائج
بأنه ضرر غير محقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة
يدفع ذلك وفي الجملة إذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال بوارد وقوله بخلاف الوكيل
لجواز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد من جهته لأنه لا يتصرف
في مال غيره وقوله وحكم التصرف جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند أي لا نسلم
أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين
والنفقة بغير إذن المولى وما استغني عنه خلفه المالك فيه وموضعه أصول الفقه **قال**
وإذا أذن له في شيء بعينه مثل أن يقول اشتر هذا الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة أو طعاما رزقا للأهل
لم يكن مأذونا وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مفيدا إذا كان المراد به الاستخدام لأنه لو جعل ذلك
إذنا لانسد باب الاستخدام لإفضائه إلى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح إقراره
بالديون ويستغرق برقبته ويؤخذ بها في الحال فلا يشتري أحد على استخدام عبده فيما أسند إليه حاجته
لأن غالب استعمال العبيد في شراء الأشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والإذن
بالتجارة وهو أنه إن أذن بتصرف يكون صريحا مثل أن يقول اشتر لي ثوبا وبعه أو قال لي بع هذا الثوب
واشتر بثمنه أو دلالة كما إذا قال أدّ إلي الغلة كل شهر أو أدّ إلي ألفا وأنت حر فإنه طلب منه مالا
وهو لا يحصل إلا بالتكسب فهو دلالة التكرار وقال اقعد صباغا أو قصارا لأنه إذن لشراء ما لا بد
لها منه دلالة وهو نوع من الأنواع يتكرر تكرار العمل المذكور كان ذلك إذنا وإن أذن بتصرف
غير متكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذنا ونوقض بما إذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه
ببيعه فإنه إذن بالتجارة وليس الأمر بعقد متكرر والجواب أن الأمر بعقد متكرر دلالة وذلك لأن
تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والإذن قد صدر منه صريحا فإذا بطل التقييد ظهر الإطلاق
وكلام المصنف يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والإذن بالأول إذن
دون الثاني فتأمل **قال** وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز إقرار
المأذون له جائز بالديون والغصوب والودائع لأن الإقرار بها من توابع التجارة أما بالديون
والودائع فظاهر لأنه لا يقبض الثمن فيكون دينا أو يقبض ويودع عنده وأما بالغصوب فلأن الغصب
يوجب الضمان والملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك
توابعها لأنه لو لم يملكها لأدى ذلك إلى انسداد التجارة فإن الناس إذا علموا أن إقراره غير صحيح
اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار
في صحته فإن كان في مرضه تقدم دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق حق الغرماء بما في يده أيضا من المال

والكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه و
افتضها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او بمهر وجب عليه بنكاح
صحيح او فاسد او شبهة فاقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة فما ليس من
باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للماذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا
يزوج مماليكه لذلك وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه تحصيل المال وهو المقصود بالاذن فكان
كالاجارة وقلنا الاذن يتضمن الاجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال لكن
لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار والنكاح للامة ليس من ذلك وقوله ولهذا لا يملك تزويج العبد
توضيح ليس بواضح لعدم اتيه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة قوله وعلى
هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي يعني ان هؤلاء لا يملكون
تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال في النهاية في هذه الرواية نظر لانه
ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان كلما يعني الاب والوصي بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي
هناك في وزان الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادة المهر قال وما ذكره
في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار
وقال بعض الشارحين يحمل على ان في المسئلة روايتين **قال** ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز
للماذون ان يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل وان
كان مالا لا لانه يتضمن لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه
لانه هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه
ما قال لان المولى قد ملكه لان كسب العبد الماذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك
الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت
الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من ينفذ العتق من
جهته ولقائل ان يقول الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك
ويمكن ان يجاب عنه بانه ليس وكيلا بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان
او كثيرا انطلبت كتابته وان اجاز المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام
الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه
درهم فالاعتاق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك
الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن قيمة العبد للغرماء لانه
لو انشا العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق
لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى في حال الرق فيتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض
وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة
الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام ليس بقيد الا ان هذا غير الماكول
لا يجوز اصلا والا في هذا اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال التجارة
قال محمد بن سلمة ان كان مال تجارته مثلا عشرة الاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان
كان مال تجارته عشرة فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالماكول كالضيافة
والقياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا
لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار كذا في المغرب فكانه اريد المجهز يبعث التجار بالجهاز

وهو فاخر

وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر **قال** وديونه
متعلقة برقبته اذا وجب ديون على الماذون بالتجارة او بما هو في معناها فان كان له كسب يبدا به بالاجماع وان لم
يكن له كسب تعلقت برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع لان غرض المولى
من الاذن تحصيل مال لم يكن حاصلا لا تفويت ما له حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل في تعلق
الدين بكسبه حتى اذا فضل منه شيء عن الدين يحصل للمولى وقوله لا بالرقبة معطوف على قوله بكسب فان
قيل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فما الفرق اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع
جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه يباع في ذلك وليس الكلام في ذلك
وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق
برقبة العبد استيفاء كدين بالاذن وهذا ظاهر وكل دين ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد استيفاء
استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس قوله وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه
ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بالاطلاق فسببه داخل تحته واذا كان
داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك
فيتوى حقوق الناس ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى وقوله وتعلق الدين برقبته
استيفاء جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن حاصلا وبيانه ان الدين اذا تعلق
برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد
الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان حقوق الناس يتعطل عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا
للمولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله ويندفع
الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالدين
لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر به
واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى
رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختار المولى ويكون المبيع حاصلا له
من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمته البيع مساويا لقيمة العبد فبقي وليس
بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الوجه
فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع
او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه بقاء بما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة
والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لان الشراء بغبن نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى
كانه اشترى الديون التي على العبد بالعبد ولو لم يكن مساويا لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر
وتحقيقه انها لو لم يكن مساويا له لاختار اداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب ابي
حنيفة وهو مخصوص بما ذكره المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك
كسب العبد الماذون عندهما كما يجيء وقوله وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه يتعلق بالكسب
فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لا تنافي بينهما غير انه يبدا بالكسب في الاستيفاء نظرا
للجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى
اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور ولان
الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج
الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر

العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير إذن مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لأنه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء وحجر الغرماء غير متصور وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز بيعها القاضي على الورثة إذا امتنعوا عن قضاء الدين فإنه لم يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء. **قوله** وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر **قال** ويقسم ثمنه بينهم بالحصص إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء فإن بقي عليه شيء من ديونه أي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لأنه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب بإذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع فإن المشتري إذا علم أن العبد الذي يشتريه يباع في دين ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الأول ويتضرر الغرماء أو دفعا للضرر عن المشتري لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين ولو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الآذن فإنه لا يباع عليه ثانيا وإن كان راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر لأن الملك قد تبدل وتبدل كتبدل الذات قوله ويتعلق دينه بكسبه يعني الكسب الذي تبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده يتعلق به الدين سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لأن المولى يخلف في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك وللمولى أن يأخذ غلة مثله والغلة كلما يحصل من ريع أرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه له أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذه قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء وما لا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلا وإن أخذ شيئا رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل بسلامة المقدار قبله للمولى لأن في أخذ المولى منفعة بإبقائه على الإذن بسبب ما يصل إليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب وأما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم إذن المولى لعبده إما أن يكون شائعا أو لا فإن كان الأول لم يحجره حتى يظهر الحجر لأكثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تأخير حقهم إلى ما بعد الحرية لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لأن العبد إن اكتسب شيئا أخذه المولى وإن لحقه دين أقام البينة أنه كان قد حجر عليه فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك أي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على إذنه إلى أن يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وإن بايعه الذي علم بحجره لأن الإذن لا يتجزى ألا ترى أنه لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء ولو حجر في بيته بمحضر من أهل سوقه انحجر لأن المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام وإن كان الثاني بأن لم يعلم بالإذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه انحجر لعدم الضرر والإضرار **قال** ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب قد تقدم أن التصرف إذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا إذا مات المولى أو جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه أو لحق بدار الحرب انحجر المأذون لانتفاء الأهلية لهذه العوارض حقيقة أو حكما لأن اللحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته وإذا أبق العبد صار محجورا

عليه

عليه وقال الشافعي يبقى مأذونا لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن فإن المولى إذا أذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلأن لا ينافي بقاءه أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء وصار كالغصب فإن المولى لو أذن لعبده المغصوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بينة أو يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الإذن فكذا كونه آبقا ولنا أن الإباق حجر دلالة لأنه إنما رضي لكونه مأذونا على وجه يتمكن من قضاء دينه من كسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق ولا يكون راضيا وإنما لم يكن منافيا في الابتداء لأنا جعلناه حجرا دلالة فلا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر وإن عاد من الإباق وهل يعود الإذن لم يذكره محمد والصحيح أنه لا يعود وإذا استولد المأذون لها حجر عليها إذا لم يصرح بخلافه وقال زفر رحمه الله ليس بحجر عليها اعتبارا بالابتداء فإن المولى إذا أذن لأم ولده جاز فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس واستحسن العلماء حجرها لأن العادة جرت في الظاهر أن الإنسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق حق الغرماء به لتنقضي حقوقهم وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها معناه ظاهر وإنما قيد بكونها أكثر ليظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها وقوله ولا منافاة بين حكميهما أي حكم الإذن والتدبير لأنه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق لأن كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه **قال** وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز إذا حجر على العبد المأذون له فأقر بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند أبي حنيفة قال المصنف ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره وإنما فسره بذلك لأن مطلق الإقرار يفهم منه ما كان مديونا كالديون والغصوب فبين أن المراد به التعميم وقدم الأمانة لذلك فيقضي بما في يده للمقر وقالا لا يجوز إقراره لأن المصحح لإقراره إما الإذن أو اليد ولا شيء منهما موجود بعد الحجر أما الإذن فلزواله بالحجر وأما اليد فلأن الحجر أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بأنا لا نسلم أن يده غير معتبرة فإنه لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسألة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم أنه كسب العبد وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فإن المولى إذا انتزع ما بيده لا يصح إقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا إذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يباع رقبته بسبب ذلك الإقرار بالاتفاق ولأبي حنيفة رحمه الله أن المصحح للإقرار هو اليد ولهذا لا يصح إقراره فيما انتزعه المولى من يده لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر لأن الكلام في الإقرار بما في يده وأما حكما فلأن شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها ولقائل أن يقول الإقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحته والأول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الإقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح فإن قيل لو كان إقراره دليل تحققها لصح انتزاع المولى من يده قبل الإقرار أجيب بأن المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده وأما حكما فلأن النزع قبل ثبوت الدين فلا يبطل يده بإقراره لأنه إقرار بما ليس في يده أصلا وهو باطل والمصنف ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى إلى آخره جوابا عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله على ما عرف إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله فلا يختص ما يثبت بحكم الملك يعني به الإذن فإنه يثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن خصما توضيح

لتبدل العبد فإن العبد إذا اشترى شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره لبعده كعبد آخر لم يباشره ولولا بيعه له لكان خصما لصدور المباشرة عنه **قال** وإذا لزمته ديون إذا لزمته ديون فلا يخلو إما أن تحيط بماله ورقبته أو لا تحيط بشيء من ذلك أو أحاط بماله دون رقبته فالأول كما إذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوي ألفا والمأذون أيضا يساوي ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم ففي الأول لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لأن سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد فإن ملك الأصل علة الملك الفرع ولهذا يملك إعتاقها يعني الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه إعتاقه فإن قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو إحاطة الدين فإنها تمنع عن ذلك كما في التركة إذا استغرقتها الديون فإنها تمنع إعتاق الوارث أجاب بقوله بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك نظرا للمورث بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته بل النظر في ضده أي في عدم ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه والميراث صلة وإذا كان سبب الملك النظر وقد فات الملك ولا عتق في غير الملك أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد ليراعى ذلك بعدم العتق حتى يقتضي دينه وإذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولأبي حنيفة رحمه الله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه والمال الذي أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه كما أن الدين يعني المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المال فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق لأن المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق وإذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفي الثاني يملك المولى كسبه وينفذ عتقه في قولهم جميعا أما عندهما فظاهر وكذا عنده لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن ينبوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز **قال** وإن باع المولى شيئا بمثل قيمته جاز أي إذا باع العبد المأذون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ويعلم منه أنه إذا لم يكن عليه لا يجوز لأنه ليس بأجنبي وإن باع منه بنقصان لم يجز مطلقا أي سواء كان كثيرا أو قليلا لأنه متهم في حق مولاه بميله إليه عادة بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بذلك فإنه يجوز مطلقا لانتفاء التهمة فيه فإن قيل التهمة قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث أنه لم يبتن على عنه دليل قوله بخلاف ما إذا باع المريض قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسألة وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف ولكن يصح لأنه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو في قوله وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بكلم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الأحوال وهذا أوجه ولكن النسخ بالواو وجابا له قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب والظاهر عدم الواو وجعله متعلقا بأول المسألة وفي كلامه تعقيد والقريب

كلام

كلامه هكذا وإن باع من المولى بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق الوارث تعلق بعينه أي عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بنقصان لم يجز إلى آخره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة بإيصال الثمن إلى تمام القيمة وإن شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لأن المولى سبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فنقصان البيع في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الأجنبي قوله وعلى المذهبين أي مذهب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض من الحاكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير فإن على مذهب أبي حنيفة إذا باع من مولاه بنقصان يسيرا وكثيرا لا يجوز فلا يتخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى ووجه ذلك أي وجه الجواز مع التخيير أن الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا أي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة لأن البيع باليسير منهما أي من المولى والأجنبي متردد بين البيع أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة وأما البيع فلدخوله تحت تقوم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الأجنبي لعدمها وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة من العبد المأذون له لا يجوز على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن منه في البيع وهو أذن بمباشرته بنفسه غير أن فيه ضررا للغرماء فيزال بإزالة المحاباة وهذان الفرقان بلفظ التثنية وفي بعض النسخ هذه الفرقان قال في النهاية ولكن الأول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصحح والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والأجنبي في حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الأجنبي أصلا ويجوز مع المولى ويؤمر بالإزالة وأما أبو حنيفة على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج إلى ذلك لأنه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وإنما يحتاج إلى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكتاب **قال** وإن باعه المولى شيئا كلامه ظاهر إلى قوله فإن سلم المبيع إليه أي إلى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله لأن حق المولى ثابت في العين من حيث الجنس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الجنس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو بقي لبقي بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب على عبده حتى لو أتلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا فإن المولى لا يستوجبه وهو أحق به من الغرماء لأنه ملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كما لو أودع عنده شيئا أو غصبه منه وإن أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز لأنه بائع وللبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو أحق به من الغرماء فإن قيل على هذا التقدير استوجب دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا أجاب بقوله وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا تعلق بالعين يعني يجوز أن يستوجب على عبده دينا إذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فإن المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لأن العين قبل التسليم لم يزل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فإذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي بالدين من حيث تعلقه بالعين ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين إزالة المحاباة ونقض البيع

كما بينا في جانب العبد سواء كانت يسيرة أو كثيرة لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال في النهاية هذا على
اختيار صاحب المبسوط وأما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام فإن هذا البيع لا يجوز
عند أبي حنيفة أصلا كما ذكرنا في جانب العبد وإذا أعتق المولى عبده المأذون له وعليه ديون لزمته
بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو إتلاف المال فإعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن
للغرماء قيمته بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به لأنه أتلف ما تعلق
به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان الإتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما
أتلفه فبقي الباقي عليه كما كان ويطالب به بعد العتق وإن كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم
بقدره بخلاف ما إذا أعتق المدبر على ما ذكره وهو واضح وإن باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه
المشتري وغيبه معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال فإن شاء الغرماء ضمنوا
البائع قيمته وإن شاءوا ضمنوا المشتري لأن حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينه
وقد أتلفاه أما البائع فبالبيع والتسليم وأما المشتري فبالقبض والتغييب لا بمجرد البيع والشراء وإن شاءوا
أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لهم فلهم الإجازة لأن الإجازة اللاحقة كالإذن ولو كان البيع بإذنهم
لم يكن هناك ضمان فكذا إذا كان الثمن وفى بديونهم ووصل إليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجيء وكذا
إذا كانت الديون على المأذون مؤجلة إلى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه وليس لهم حق
المطالبة حتى يحل دينهم فإذا حل ضمنوه قيمته لأنه أتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة
وقوله كما في المرهون يعني أن الراهن إذا باع المرهون بدون إجازة المرتهن ثم أجازه المرتهن جاز البيع
لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى إلى آخره معناه إذا قبله
نقضا لأن القاضي إذا رده فقد فسخ العقد بينهما فعاد إلى الحال الأول وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو أن حقهم
كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم الدية فلا يجب عليه الضمان كالوصي إذا باع التركة بغير إذن الغرماء
وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة
فافترقا **قال** ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعه
مديون تريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين لكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب اللزوم
فيما حق الغرماء فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وكلمة به
محذوفة في المتن وفي كل منهما فائدة فالأول يعني الاستسعاء تام مؤخر والثاني ناقص إن لم يف بديونهم
معجل والبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن فإن
وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله إذا لم يصل إليهم لوصول حقهم إليه قيل في
عبارته تسامح لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن
ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فبقي لهم ولاية الرد للاستيفاء الديون وأجيب بأنهم قد
رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لأنه يذهب بفائدة قوله
ولا محاباة في البيع فإنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محاباة ولعل الصواب
أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فإنه
إنما يكون ناقصا إذا لم يف بالديون فإن قيل إذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا
للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا قضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فإذا
تعذر عليه البيع طولب به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع
والإعتاق حتى لو أخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أن أقضي دينه

تحمل

تحمل الكفالة فلم يتعين عنه والجواب أن العدم أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقول دليل على خلاف فإن
كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري إذا أنكر دينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع
بلا خلاف وقال أبو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم لأنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من
ينازعه فيما في يده ولهما أنه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى يتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون
الفسخ قضاء على الغائب قال شيخ الإسلام وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا لها شفيع ووهبها لرجل وسلمها
إليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فإن الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما وهو رواية ابن سماعة
مثل قوله في هذه المسألة **قال** ومن قدم مصرا أي دخل وقدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى
وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه أخبر أنه مأذون له فإخباره دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه دليل على إذنه
وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لأنه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك وهذا إقرار منه
على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا إقرار على المولى وإقراره عليه ليس بحجة ووجه الاستحسان
ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا يضيق الأمر على الناس توضيحه أن للناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان
يبعث الأحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج أن يبعث شاهدين يشهدان
عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة وفي ذلك من التضييق ما لا يخفى وقوله إلا أنه استثناء من قوله كل
شيء ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأن رقبته
ليس من لوازم الإذن في التجارة ألا ترى إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص
حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في
التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه إلى قوله لأن
المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فإن حضر مولاه فقال هو مأذون له بيع في الدين لظهوره
في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله وعلى الغرماء البينة لأن دعواه الإذن كدعواه الإعتاق والكتابة
فلا يقبل قوله عند جحود المولى إلا بالبينة

فصل

لما فرغ من أحكام إذن العبد
في التجارة بين أحكام إذن الصبي إلا أنه قدم الأول لكثرته ووقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي
الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش إذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقييد
بنوع دون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة إقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال
الشافعي لا ينفذ تصرفه لأن حجره لصباه لنفسه وهو باق بعد الإذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف
حجر الرقيق فإنه ليس للرق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولأنه
مولى عليه حتى يملك الولي التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافاة لأن كونه موليا عليه
علامة العجز وكونه واليا سمة القدرة وصار كالطلاق والعتاق لا يحتملان منه وإن أذن قوله وكذا
الوصية على أهل يعني قلت يصححها كصحتها إذا كانت في أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي
في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة
وقد تحققت فيجب تنفيذها أما البيع والشراء فيتولاه الوصي أو الولي فلا ضرورة ولنا أن التصرف المشروع
صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه أما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحل البيع من
غير فصل بين البالغ والصبي وأما أنه صدر من أهله فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم
الغبن اليسير من الفاحش والأهلية لهذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه في محله فلكون المبيع مالا متقوما
وأما الولاية الشرعية فلأنه صدر بإذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق
والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الإذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وإذا أذن الولي

بذلك قوله والصبي سبب الحجر جواب عن قوله لان حجر الصبا وتقريره انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانا نعلم انه لو لم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما لو اذن للعبد المولى وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي ولنا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لامرين للنظر له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وباعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي يباشر وليه ويباشر نفسه وكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية الولي لتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي ثلاثة اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما والاول كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل له اصلا والثالث كالبيع والشراء يؤهل له بعد الاذن لان نقصان رايه يتجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل اذا باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الخبر بان الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب لان وصي الاب يقدم على الجد وترتيبه ولية هو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه ثم الولي بخلاف صاحب الشرط يريد به امير صاحب البلدة كامير بخارا فكان الوالي اكبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط قوله والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره **قوله** والتشبيه بالعبد الماذون له الى اخره كذلك لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد الماذون المديون بدين يحيط بماله دون الولي واجيب بان ذلك من انحجار الولي وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبان دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه عينا كان او دينا لوليه ولغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغ واورد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك بالاذن والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا بموروثه في ظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في الموروث وجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغ ولهذا انفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغ فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما مالية ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وتزويج امته خلاف ابي يوسف ولا كتابته وان كان الولي والوصي يملكانها لان الاذن تناول ما كان من صنيع التجار والكتابة ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن المعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه يعني قوله وذكر في الكتاب ينتظم الاب والجد الى اخره وحكم غلام الصبي اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة وقال ابو بكر البلخي لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد والله تعالى اعلم

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع ما لا يحل ان اقرار الماذون لما صح بدون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني

فكان ذا

فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا له فيه فصار كالعبد الماذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اكساب التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالاخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما او غيره يقال غصب زوجة فلان وخمر فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله اخذ مال لا يتناول الحر ونحوه وقوله متقوم احترازا عن الخمر وقوله محترم احترازا عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده اي يد المالك اي لبيان ان ازالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا وعند الشافعي هو اثبات اليد العدوان عليه وثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوب وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع **قال** ومن غصب شيئا له مثل المغصوب اما ان يكون قائما بعينه في يد الغاصب اولا والاول يجيء والثاني اما ان يكون له مثل او لا يكون مما يضمن بمثله من جنسه او لا فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة تساقط العبرة في الربويات فكان ادفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالخبر التام ان يتدارك بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد الى اخره وكلامه فيه واضح قيل انما قدم قول ابي يوسف لثبوت الاقوال حسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة واراد الاقوال على هذه الازمنة لم يثبت الا بتقديم قول ابي يوسف وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المصنف معناه اي معنى قوله لا مثل له في العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه التي الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان واما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالكيلي حتى يجب مثله لقلة التفاوت وقيل وانما اقتصر على الكيلي ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست وليس بواضح لان من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمري ان تقدير هذا القسم كان انسب تمثيلا لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد على صاحب اليد عين ما اخذت اليد حتى ترد وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه ان لا يريد باخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة وجاد في ادخال الاذى عليه او قاصد للعب وهو يريد انه يتحكم في ذلك ليغيظه والاية

حق مقصود به لم يجز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم للشراء في حقه سوى التصرف بالبيع لا سيما اذا كان مديونا فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرفات فعلم ان البيع حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد والبيع وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا يضمن عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع ان الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكوة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والاصح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كانت القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسئلة الابراء انما هو بعرضية ان يوجد فلشبهة الوجود في الحال والقيمة لذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير وانوار عن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد نقل في الكفالة وعن مسئلة الزكوة بما ذكرنا في مسئلة الابراء والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي او حبسه الحاكم مدة ولم يظهر قضى عليه ببدلها بما اتفقا عليه من القيمة او اقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة والتتمة ان الغاصب اذا غيب المغصوب والقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل **قال** والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ما له اصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الديون والنقل مستعمل بدون الاثبات في مكان آخر لان الغصب حقيقة يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول والشافعي لتحقق اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورة ثبوت اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد كما وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا اجر داره من رجل فانها في يد المستاجر حقيقة وفي يد الآخر حكما لكنهما يدان مختلفان فيتحقق الوصفان يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول في تحقق الوصفين وجحود الوديعة في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحد كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد العادية كما تقدم ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي اخراج المالك عنها اي عن العقار يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة

الجحود

الجحود ممنوعة ذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر في المبسوط والاصح ان يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك **قال** وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه يضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد والشافعي فظاهر واما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف ويدخل فيما قاله يعني القدوري اذا انهدمت بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البائع للمالك شيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافا لمحمد وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب واما اذا كان له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه ويأخذها عن المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهدا بدار لانسان وقضي له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق والاتلاف كاتلاف البائع بالبيع والتسليم لا ضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير ان يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقاما البينة على المالك لنفسه لا يقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسئلتنا فالاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينته الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان ويعرف بان ينظر بكم كان يستاجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة يعني على رأي من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب ولهذا اي لكون الغصب السابق هو السبب يعتبر قيمته يوم الغصب ولا فصل في ذلك فيما بين ما يكون الهلاك بفعله او بفعل غيره وان نقص المغصوب في يد الغاصب ولم يجبر نقصانه بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان كان جارية فاعورت او ناهدة الثديين فانكسر ثديها او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه في ضمانه بجميع اجزائه بالغصب وقد فات منه جزء فتعذر رد عينه فيجب رد قيمته واما اذا انجبر نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردهما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب عندنا خلافا لزفر فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخلو اما ان يكون الرد في مكان الغصب او لا فان كان فيه فلا ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه تخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى ان يذهب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من جهة الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر فقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف المبيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا انتقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف قبل ان يقبضه المشتري لا يضمن البائع

شاة لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية
تساوي مائة مثلا فاعورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع
وجب عليه تسليم تمام الثمن كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا يضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات
بجميع اجزائه وصفاته فكانت مضمونة قال المصنف ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن
النقصان غير الربوي وفي الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا
يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه
وان شاء تركه وضمنه مثله **قال** ومن غصب عبدا فاستغله • اي ومن غصب عبدا فاجره
وقبض الاجرة فصار مهزولا او نقصه العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما فوته
ردّ عينه يجب ردّ قيمته ونقصان وصفه فيما تعذر فيه الرد فوجب قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف لا يتصدق بها وعلى هذا اذا اجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي يوسف
انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه
من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب
خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل
اصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستند فانى يكون الخبث اجاب بقوله والملك
المستند ناقص يعني لكونه ثابتا من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت فلا ينعدم به
الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك
وهذا لو سلم الغلة مع العبد يباح له [illegible] الغاصب
العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء
الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره اي غير الغلة بنا ويل المذكور
او الاجراء المالك لانه محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الى حاجة نفسه وهو اولى بذلك لانها ملكه وان
كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه محتاج اليه وكذلك ان استهلك الغلة فكان الثمن ان كان محتاجا
فلا شيء عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله **قال** ومن غصب الفا فاشترى بها جارية الغاصب
اذا تصرف في المغصوب او المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
وقد مرت الدلائل وعدم طيبهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب
الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشرائي وضع المسئلة تنبيها على
تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر
اما فيما لا يتعين كالثمن الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى
بها اشارة الى انهما ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها قال فخر الاسلام لان ظاهر
هذه العبارة تدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد
من غيرها او نقد منها وقد اشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه اربعة
اوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الثاني يطيب وذكر في المبسوط وجها اخر لا يطيب فيه ايضا وهو
انه دفع الى البائع تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب
قول الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتاكد
بالنقد ليتحقق الخبث قالوا الفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر

الاسلام قال مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان وكل حاصل في الوجوه كلها وهو المختار
لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح قال وذلك لانه اذا نقد منها لم
فلانة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان يصير غيرها عوضا فلا يثبت شبهة الخبث وان اشار اليها
ونقد من غيرها فالثمن جنس الثمن وقد يحصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فيمكن شبهة الخبث
ايضا ومثله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق وان اشترى جارية بالف
تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان
الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يوجد فلم يظهر الربح

قال فصل لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد
العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحق عارض الفصل عما
قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المالك عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها وقوله بفعل الغاصب احتراز عما
اذا تغيرت بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار
ان شاء اخذه وان شاء ضمنه وتركه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه
لم يزل بالذبح الا مجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم
منافعها ليبينا ولد الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا
ونشا وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت
صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها وفيه اشارة الى
ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب
فيه من فعل فقوله وهذا كله يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا وقال الشافعي
لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده لانه يؤدي الى الربوا اذ الدقيق غير الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث
ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب الا ترى ان الربوا يجري بينهما
ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين
في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه ولا يسقط حقه عنه لكنه
يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا
وتقريره ان بقاء العين المغصوبة يوجب بقاءه على ملك المالك لان الموجب الاصلي في الغصب رد العين
عند قيامه ولو لا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باق على ملكه ويتبعه الصنعة الحادثة
لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت فان الدقيق يكون لصاحب
الحنطة لذلك هذا فان قيل تمثيل فاسد لانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به
اجاب بقوله ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور
لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل اصلا وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد
به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة واربها اي جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود
وليس بسبب الملك لكونه محظورا ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها
وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واخذها صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل
الاسم وفات اعظم المقاصد وحقه اي حق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم من كل

وجه يترجح على الهلاك من وجه على ما عرف في الأصول من قولهم إذا تعارض ضربا الترجيح كان الرجحان في الذات
أحق منه في الحال لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشي والطبخ لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل
وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا يجعله سببا للملك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لأنه
محظور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة إحداث الصنعة
صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الأولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله وصار
كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم وإن
الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فإن قيل الكلام
فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع
حق المالك أجيب بأن كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد بقي اسم الشاة فيها مع ترجح جانب اللحمية فيها إذ معظم
المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبدل
العين بخلاف الطبخ بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها قوله وهذا الوجه
أي وجه الاستدلال بالبقاء للاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل
لعامة فصول مسائل الغصب فإنه إذا غصب دقيقا فخبزه أو غزلا فنسجه أو قطنا فغزله أو سمسما فعصره ينقطع
حق المالك لتبدل الاسم وأما إذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما يجي لأن عين الثوب
قائم لم يتبدل اسمه وقوله لا يحل له ظاهر وقوله ووجهه أي وجه القياس أن ثبوت الملك مطلق للتصرف
يعني أن الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه حق المالك بالدلائل المذكورة والملك يطلق للتصرف من غير
توقف على رضى غيره ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وهو حديث رواه
أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان
في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة مصلية أي مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال إنها تخبرني أنها
ذبحت بغير حق فقال الأنصاري شاة أخي ولو كانت أعز من هذا لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها
إذا رجع فقال عليه السلام أطعموها الأسارى قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فأمره بالتصدق ووقع كون
المالك معلوما بيان أن الغاصب قد ملكها لأنه لما كان الخبر يحفظ عليه عينها إذا أمكن وثمنه بعد البيع إذا تعذر
عليه حفظ عينه ولما أمر بالتصدق بها دل على أنها تملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء قوله
ولأن في إباحة الانتفاع دليل معقول وهو ظاهر وقوله ونفاذ بيعه جواب عن قوله ولهذا لو وهبه
وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الإباحة كما في الملك الفاسد قوله وإذا أدى
البدل راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح **وقوله** أو ضمنه الحاكم يعني إذا كان مال اليتيم
وقوله بخلاف ما تقدم إشارة إلى قوله لمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو
حديدا فاتخذه سيفا وقوله وأصله ما تقدم إشارة إلى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن
غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه الضمان **قال** وإن غصب فضة أو ذهبا إذا
غصب فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها
ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة متقومة صير حق المالك
هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفوت بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات
والشركات وبعدما ضرب يصلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لأنه قبل الضرب كان
يسمى تبرا أو فضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولأبي حنيفة
أن العين باقية من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق والأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة وكونه موزونا

وجريان

وجريان الربوا ووجوب الزكوة كذلك وإذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك قوله وصلاحيته لرأس المال
وجوبا جواب عن قوله والتبر لا يصلح إلى آخره وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة حدثت
بالصنعة لا أنه هالك العين بها من وجه قوله وكذا الصنعة جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة
ومعناه أنها غير متقومة في جميع الأحوال لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وإنما تتقوم عند المقابلة
بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لأنا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها
من جنسها أدى إلى الربوا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة
فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وإن رضي صاحبه مكسورا
فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لأنه عاد إليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الأصل ولا قيمة
لها في الأموال الربوية وإذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لإبطال حق
ثابت من وجه ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة لأن الساحة بالحاء سيأتي بعد هذا فبنى عليها
زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر في الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة
الساجة وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر فلم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله
وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه يعني في أول هذا
الفصل بقوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب إلى آخره ووجه آخر لنا فيه أي في تعليل هذه المسئلة
أن فيما ذهب إليه الشافعي إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل بغير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه
مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته وإذا دخل اللوح المغصوب سفينة والسفينة مع
من عليها في لجة البحر ليس للمالك أن ينزع لوحه منها وإنما قيدنا بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنها
فلا يصلح للاستشهاد فإن قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف النفس لأن المالك ملكه
ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحد منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره
لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك وكان نظيرا ومتى ثبت قال الكرخي والفقيه أبو جعفر إنما ينقطع
إذا بنى في حوالي الساجة لأنه غير متعد في البناء وأما إذا بنى على الساجة ينقض لأنه متعد فيه قال المصنف
وجواب الكتاب يعني قوله فبنى عليها يرد ذلك وهو الأصح قيل لأنه يعبر عما كان عليه لأن الساجة قبل البناء
عليها تصلح للإحراق وتحت السقف وفي أبواب الدور وغير ذلك وهذه لا تصلح لشيء من ذلك إلا بالنقض
والتغيير يوجب انقطاع حق المالك **قال** ومن ذبح شاة غيره بغير أمره فمالكها بالخيار
إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو
القطع وإنما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل لجزارته على المالك لأنه حقق مقصوده
فيها فكان ذلك زيادة فيها لا نقصانا حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لأن نفس إزالة
الحياة نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له مقصود سواها من زيادة الإنماء والتأخير إلى
وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك إذا قطع يدها أي يد الشاة والجزور وهذا هو ظاهر الرواية
بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يضمنه شيئا يعني في ذبح الشاة لأن الذبح والسلخ في الشاة
زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت الأغراض من الحمل والدر
والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما يجي ولكنه لا يعم
الجزور ظاهره ولكنه يعم من قوله فوت بعض الأغراض إذ لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر بقوله
من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك أن يضمنه
جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة فإن حكم مأكوله

أيضاً لذلك لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يديهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتهما وسلمهما إليه وإن شاء ضمنه نقصانها فدل ذلك على أنهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا إنما على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما في غير مأكول اللحم وما كونه إذا قطع طرفه فإنه ذكره بعد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف مأكول اللحم وغير مأكوله حيث قال في الأول لأنه إتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين إمساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختياراً منه وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رحمه الله رجل قطع يد حمار أو رجله فكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان فهو له بخلاف قطع طرف العبد المملوك متعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة وحاصله الفرق بين الآدمي وغيره بقطع طرف منه لا يصير مستهلكاً من كل وجه بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك **قال** ومن خرق ثوب غيره اختلف الناس في حد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قيل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما قال المصنف والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين قيل معنى من حيث الظاهر والغالب إذ الظاهر أن الثوب إذا انقطع يفوت شيء من أجزائه وجنس المنفعة يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وإنما كان ذلك صحيحاً دون غيره لأن محمداً رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً فقال وإذا غصب ثوباً وقطعه قميصاً ولم يخطه فله أن يأخذ ثوبه ويضمنه ما نقصه القطع وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الفائت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قميصاً يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد فاحشاً وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه وإن خرق خرقاً فاحشاً فالمالك أن يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لأنه استهلاك من هذا الوجه فإنه قبل القطع كان صالحاً لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكاً من وجه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث إن العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو إلى جانب البقاء أخذ العين وضمن نقصان القطع ووضع المسألة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لا يلبس كالكرباس **قال** ومن غصب أرضاً كلامه واضح لا يحتاج إلى شرح لكن كان القاضي أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال إن كانت قيمة الساجة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا أقرب من مسائل حفظت عن محمد حيث قالوا في لؤلؤة سقطت من إنسان فابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فإن كانت قيمة الدجاجة أكثر فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة إن شاء أخذ الدجاجة وضمنها وضمن قيمتها لمالكها وإن شاء ترك اللؤلؤة فضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذلك إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلاني وتعذر إخراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكر وقوله عليه

السلام ليس لعرق ظالم حق في المغرب بتنوين عرق أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض غرساً على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً وقد روي بالإضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله يقوم الأرض إلى آخره يعني قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دراهم مثلاً ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الأرض خمسة دراهم للغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء قوله ومن غصب ثوباً إلى آخره ظاهر وقوله اعتباراً بفصل الساجة يعني يعني كما أن في فصل الساجة يؤمر بالقلع إذا لم يتضرر الأرض به فكذلك هاهنا لأن في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله لأن التمييز ممكن يعني بالقصر وقوله ولنا ما بينا يعني في مسألة الساجة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخيرة لصاحب الثوب أبيض وبيانه أن يخير كل منهما شاء في الجواز ووقوع الثاني بينهما وتخيير المالك أولى لأن الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال أبو عصمة المروزي رحمه الله في أصل المسألة يعني في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر واختار له هذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ لذلك لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة مقيداً بذلك تصحيحاً للنقل وقد ظهر بما ذكرنا في مسألة الصبغ والانصباغ الوجه يعني جواب المسألة وتعليلها في السويق من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل غير أن السويق من ذوات الأمثال فضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً وقيل المراد منه أي من القيمة المثل سماه به أي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه أي لقيام المثل بالمغصوب وذكر الضمير فيه وبه تأويل ما يقوم قوله عن محمد أنه ينظر إلى آخره إن نظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة مثلاً يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع بما بقي عليه من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد

فصل لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عيناً فغيبها فالمالك بالخيار إن شاء صبر إلى أن يوجد وإن شاء ضمنه قيمتها فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافاً للشافعي فإن الغصب عدوان محض وهو كذلك لا يصلح سبباً للملك كما لو غصب مدبراً أو غيبه وضمن قيمته فإنه لا يملكه بالاتفاق ولنا أن المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يداً ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعاً للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل عنه محتملاً للنقل من ملك إلى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب والأول لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد فإنه قال في الأسرار فإنا علمنا أن الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة في المبسوط وهذا أوهم فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان إذا أثر الملك بذلك اكتسب بزوائده المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف وإذا أثر بالإجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في العبارة بعض الشنعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصلح أن يكون العدوان المحض سبباً له فإنه يرغب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم وذلك تجوز إضافته مثله إلى الشرع وقيل فيه نظر لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجبه مطلقاً بل بطريق الاستناد وقوله نعم قد يقبح التدبير بالقضاء جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر

لا يقبل التعليل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم لذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه لجلالة كان البيع مصادفا للقن لا للمدبر وجواز بيعه لمصادفته القن لا للمدبر بتجويز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لجلالة لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة ومسألة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين اسقطها ودفع الخصومة واما الغاصب فعليه هنا العين والقيمة وباقامة البينة لم تسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع وكان المصنف اختار قول من قال ذكر اوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان تحفظ هذه المسألة لانه اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك اصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتاتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم باوصاف المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا لا يحتاج الى تاويل ابي بكر الاعمش وهو ما قال ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المقصود اثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون ضمن بعد تمام الرضا او لا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذه القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسألة الاولى اجاب بقوله واخذه دونها اي اخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما اخذ ذلك للضرورة وهي عجزه ألجئ على رضاه فلا يدل على رضاه بخلاف المسألة المتقدمة لان دعواه ملك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب اي فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وهو اي ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة ومهما لم يتم الرضا كان يسقط الخيار **قال** ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة اجتماع البدلين في ملك شخص واحد ولهذا ظهر في حق الاكساب دون الاولاد على ما نذكر والناقص

يكفي

يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالشرع كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فانه جائز في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح قياسا على الموقوف في بيع الفضولي وقد تقدم في بيع الفضولي المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب فان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى او بالجحود عند طلب المالك والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نماء المغصوب فلا يضمن الا بالتعدي لما افتقر من منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رضي الله عنه زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكذلك الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فانه لو لم يكن مضمونا عليه لوجد سبب الضمان في حق الاولاد لم يكن هنا كما من الحرم ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لان ما كان ثابتا على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب … اذا غصب الجارية حاملا لانه كان ثابتا على ولهذا كذلك لانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحملت في يد الغاصب وولدت والزوائد في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمناه ذلك لكن لا ازالة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يده تحصل به لانه كان متمكنا من واحد من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة التسبب والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس بصبغة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب لا يوصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة دفعها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازالة يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة كما يكون بعدنا قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم وجه ذلك ان القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها فعل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد فانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع ان الام مضمونة على هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا واذا اطلق يعني لو قيل يوجب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جناية اي اتلاف لان صيد الحرم وذا ابلغ كان امنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء اخر ويجوز ان يكون معناه بتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم **قوله** وتجب يعني الضمان بالاعانة والاشارة

بالنص ولا يجب بما فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامر اولى **قال** وما نقصت الجارية
بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده
فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة التي تمكنت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب
دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فات كلها فان ردت
الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح ان يكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن
الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه
كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها تساوي ذلك
النقصان فانه لا يجبر لها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد
قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز الصوف شاة غيره فنبت مكانه آخر او قطع
قوائم شجر الغير فنبتت قوائم اخرى مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه الحرفة
فضيناه التعليم فانه لا يجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجز بالخصاء والتعليم
بما زاد من القيمة فيه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند
ابي حنيفة على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء
وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت
الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن
خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي
ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات فصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت
ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد تحسب
عن نقصان المنقطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف **قوله** وولد الظبية ممنوع جواب عن
قولهما وتقريره لا نسلم ان الام اذا ماتت لا يجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وهذا
المنع على غير ظاهر الرواية واما تخريجها على الظاهر فهو ان كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا
وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا
وروي عن ابي حنيفة رواية اخرى وهو انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك
من قيمة الام ورد القيمة لرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد
قيمتها وبخلاف ما اذا ماتت الولد قبل الرد جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه
ان كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة هل يجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا
كيف يجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع
وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع
فان قيل المذكور جواب المستشهد بها واصل نكتة الخصم وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون
جابرا النقصان وقع في ملكه فهو على حاله اجيب بان المصنف اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فاذا لم يكن
نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان
لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد اجيب بانه ملك المولى
لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي
في ملك المولى فان قيل الولد عنده امانة فكيف يكون خلفا عن المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف
من عدم عده نقصانا لا يضمنه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در المصنف

مما الطعن

مما الطعن ذهبا جزاه الله عن المخلصين خيرا **قال** ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها
قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان
عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها وتابعه المصنف في قوله ثم يردها فحبلت فعقب
الرد على الحبل ووقع في عامة النسخ تقديم الحبل على الرد لبيان ان الحبل كان موجودا وقت الرد فالا
الرد قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق ومحمد يوجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث تسببا كان
عنده واجاب بقوله والهلاك بعلة بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب
والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يد
الغاصب ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل
فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان
الحبل ولابي حنيفة ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد ههنا فانه
غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في
يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة وكذا هذا بخلاف الحرة
اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لانه لا يضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا
يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد لكونها حرة **قوله** وفي فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم
اي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم
وما ذكرناه من وجوب الرد على الوجه الذي اخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد
لشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه ان الشراء لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا تدخل
في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم
وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده واما الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية
سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد
بدونها ردا فاسدا واما اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت
الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او مركبة منهما فلا
يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك قوله والزنا سبب جواب عن قولهما او زنت في يده
الى آخره وتقريره ان الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجارح ولا المتلف
ولما وجدت في يد المالك جلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن **قال** ولا يضمن الغاصب منافع
غصبه منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي مضمونة
باجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما تسمى الاول غصبا والثاني اتلافا وتمول
العدم عندنا وتملك الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان
عطلها فكما قال ابو حنيفة للشافعي ان المنافع اموال متقومة لكونها غير الادمي خلق لمصالح الادمي
ويجري فيه الشح والضنة ويضمن بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصوب لان العقود لا
تجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد عليه الميتة ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في
امكانه اي تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدث في
امكان الرجل فهو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة الذكا ليبقى
فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن

لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما يكون بين باق وباق لا بين باق وابقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهر وعرض الا ترى ان بيع الثياب الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلى دون الاخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فكذلك ان القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات وقد عرفت هذه الماخذ اي العلل التي هي مناط الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله لانها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى اخره في المختلف يعني في مختلف ابي الليث وقوله ولا نسلم انها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم بضرورة دفع الحاجة عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه الان اي لكن ما ينتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل فيما غصب ما لا يتقوم

لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه تقومه او تبعيته في نفسه الى التقوم **قال** وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره هذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الاخرين فعليه القيمة عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اذا باع الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومهما في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومهما لا يجب بالاتلاف مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سال عماله ماذا تصنعون مما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لبقائه بينهم بذلك ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون معنى لا نحاذيهم على الترك والسيف موضوع يعني لا يجبرون على الترك بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على ترك الدين فبقي التقوم في حقهم واذا بقي تقومه وجب اتلاف ما له مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص فيضمنه ولو نقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امراته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المراة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولو توجد في ديانتهم لم يتركهم على ما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم معتقدون التوريث بالنكاح الحادث فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم جواب مقيس عليه الشافعي لم يذكره في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت مثلية وتذكير الضمير في الكتاب بتاويل الشراب المذكور لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما ما يعتاط اظهر التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسليمها **قوله** وهذا الخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن

تملك

تملك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى اخره لا تنافي ما تقدم من العطف حينئذ وقوله لانه مستثنى عن عقودهم يعني ان عقد الربوا مستثنى لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لا تدين لثبوت حرمته في دينهم ايضا قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العقد المرتد لانه لا يقر على ما اعتقده فان المسلم اذا اتلف خمرا ان كان ما يعتقد الذمي ان العقد المرتد ماله متقوم هو ايضا في الحقيقة متعين عليه لانا نقول وجه الجواب انا ما ضمنا لهم ترك التعرض للعقد المرتد لانه في حق ما فيه ذلك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي في النصراني متقرر على ذلك بخلاف الارتداد وقوله بخلاف متروك التسمية متعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما ان امرنا ان نترك اهل الذمة على اعتقادهم من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على اجتهادهم مع ان اعتقادهم في التحريم بالطريق الاولى وحينئذ وجب ان نقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عمدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي وجه الجواب ما قال ان ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان لهذا انا لو لم يقبل ان نقول لا نسلم ان ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على ترك الحاجة مع اهل الذمة دل على تركها مع المجتهد بالطريق الاولى على ما ذكر والجواب ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهد ٥ **قال** فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلكل منهما على وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكون بخلط شيء بما له قيمة اولا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس ودبغ بالقرظ بتشميس وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين او لا فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما فضل بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه لحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو نير وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه وقوله اما الخل فلبقاء العصمة مع الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من تركته فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه وعن ابي يوسف ان له ان ياخذه في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه وقوله ولانه واجب الرد دليل اخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هنا قال الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه

الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه ولأبي حنيفة لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه وإنما حصل له التقوم بصنعة الغاصب صنعة متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا للصنعة الغاصب في حق التقوم لأن الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع بلا إلزام بمخالفة البيع أصله كما إذا هلك من غير صنعه فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك قوله بخلاف الرد جواب عن قولهما ولأنه واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوما في الحال أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع لوجود ذاته وتبعه الصنعة (وقوله) بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما كما إذا غصب ثوبا أو لحما الذكي استهلكها لأن التقوم فيهما أي في الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولو كان الجلد قائما فأراد المالك أن يتركها على الغاصب في هذا الوجه أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بالاختلاف لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك وقوله لأنه إذا تركه ذلك أن في المسألة خلافا والدليل المخالفين ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه أيضا وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لا من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله إذا دبغ بما له قيمة وخلل بغير خلط شيء وأما إذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر وإذا خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قال المشايخ صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير إلى أن ثمة قولا آخر وهو ما قيل أن هذا والأول سواء لأن الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ يسيرة نبينها قوله فهو على ما قيل وقيل يتكرر إشارة إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله وهو ما كان قائما فأراد المالك إلى أن قال ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وقوله وهو على أصله ليس باستهلاك أي أصل محمد فإن أصله وهو قول أبي يوسف أيضا أن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فإذا أتلفه فقد أتلف خل نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المغصوب منه (قوله) هو للغاصب في الوجوه يعني ما إذا صارت خلا من ساعته أو بعد زمان وقوله أخر الجواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم أجروه على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شيء والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لأن الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما (قال) ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا

وهو آلة

وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله أهراق له سكرا أي صب له فيه أهراق يضرب يتحرك إليها وأهراق بطريق تكون لها والها في الأول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه إلى آخره ظاهر لا يحتاج إلى شرح

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والإجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار (قال) الشفعة واجبة الشفعة واجبة أي ثابتة للخليط في نفس المبيع أي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المصنف أفاد هذا اللفظ حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب والدليل على الأول ما فيها ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم أي يثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما إذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المداخل ولا في نفس الدار بجنبه لا شفعة وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا يعني يكون على شفعته مدة غيبته إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر سببه قيل معناه أحق به عوضا عليه للبيع ألا ترى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وهذا وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفعته مدة الغيبة وقوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار أحق بشفعته والحديث الأول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعي لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الأئمة من قريش فتنحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني إذا كان قابلا للقسمة وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه (قوله) ولأن حق الشفعة دليل له معقول وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه وكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة إذ لم يكن في معناه من كل وجه وهذا أي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لأن ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله في الأصل أي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم ويفهم من جملة كلامه أن الفرع ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لأنه مقسوم أيضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام ولنا ما رويناه من الأحاديث من قوله عليه السلام جار الدار أحق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقال عليه السلام الجار أحق بشفعته رواه البخاري وأبو داود ولأن ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار وهو ظاهر لأنه المفروض وقوله تأبيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فإنه لا قرار له لوجوب النقض دفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الإجارة والموهوبة والمجعول له مهرا اعتبارا أي إلحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لأنه في معناه إذ الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التأبيد والقرار

إنما ينتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار إذ الجوار مادة المضار من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء
النهار وإعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتملك الأصيل أدفع والدخيل دافع
والدفع أسهل من الرفع قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لأن مؤنة القسمة تلزمه جعلا للعلة المؤثرة في
استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فإنه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة
فلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب أن
مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب
عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من
باب تخصيص الشيء بالذكر ولا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الإلزام
لأنه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالأمرين وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق
بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة وإنما نفى الشفعة في هذه الصورة لأنها موضع الإشكال لأن القسمة معنى المبادلة
فربما يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة أو لا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها والدليل على أنه
أعني على الترتيب قوله عليه السلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع قال المصنف فالشريك في نفس
المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي ولأن
الاتصال ذلك عقلي على الترتيب وهو ظاهر ولذا قوله ولأن ضرر القسمة يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر
مؤنة القسمة لم يصلح علة الاستحقاق وليس للشريك في الطريق والشرب إذا أثبت الترتيب ثبت أن المتأخر
ليس له حق إلا إذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية فإن سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لأن السبب قد تقرر في
حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم ولكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع
ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف في غير الظاهر
جعل المتقدم حاجبا فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل
معين في الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وهذا وكذا هو
مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لأن اتصاله أقوى لأن المنزل من حقوق الدار
ولهذا يدخل في بيع الدار من ذكر مع كل حق هو لها والشفعة واحتج أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع
والشفيع وذلك في كل سكة واحدة فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع والرواية الأخرى أنه والجار سواء
في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص مما اختاره من بين التفاسير
المذكورة والقراح من الأرض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا أبنية وذكر استحقاق الشفعة في السكة
السكة وأحاله على ما ذكره في كتاب القضاء وهو قوله لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور وأصل ذلك أن استحقاق
الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة
ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يؤخذ
منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير
نافذة إلى آخره فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جوار الطرق فلذلك قدر على قياس الطريق يعني لو بيع
أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لا لأهل النهر الصغير كما في المسألة المتشعبة
السكة المستطيلة العظمى وذكر صاحب الجذوع وهي الأصحة وقوله لما بيناه إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة
في العقار **قوله** وإذا اجتمع الشفعاء إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤوسهم خلافا للشافعي
فإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه
وطلب الشريكان الشفعة بينهما مرافق الملك لأنها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح

والعلة

520

والغلة والثمر ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ألا ترى أنه لو انفرد واحد منهم
استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة
ليثبت الحكم بقدر دليله فإن قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالا فأنى يستويان
أجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو
انفرد استحق الجميع والترجيح إنما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلتها حتى
يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لأن المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بأن
الهيئة الاجتماعية قد يستلزم ما لا يستلزمه الإفراد فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع
وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والتكثير مع البنت وأجيب
بأن الهيئة الاجتماعية مطلقا تستلزم ذلك إذا لم تجتمع مع علتين مستقلتين والأول ممنوع والثاني
مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية لا تستلزم زيادة وإلا لزم الترجيح بكثرة
العلل وليس بصحيح ألا ترى أن الشاهدين والأربعة سواء ولم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسألة
الميراث ليست مما نحن فيه إذ لم تجتمع في الابن علتان انضمتا كلتاهما إلى الأخرى فاستلزمت الزيادة وإنما
ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان قوله وتملك ملك غيره جواب
عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التملك من المالك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإن له
التملك من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه قوله ولو أسقط بعضهم يعني إذا اجتمع الشفعاء وأسقط
بعضهم فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم
دون أنصبائهم كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضى بها
بين الحاضرين على عددهم لأن الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين
بالشك وإن قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف فإن حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد
منهم تحقيقا للتسوية وإذا كان بعد القضاء له بحقه فليس للآخر أن يأخذ إلا النصف لأن القاضي لما قضى
بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه في قضية لا يصير
مقضيا له فيها ولا فرق في هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار
وكذا لو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسألة الكتاب لأن القاضي بالكل
للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة تجب بعقد البيع قال
في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع وهو يوهم أن الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك لأن
سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا
قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل بسوء المجاورة والمعاشرة والضرر إنما
يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق ذلك ورد
بأنه لو كان السبب الجوار لسلمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود
سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط
بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب
أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير
خاف على أحد فوقه والوجه فيه أي في هذا التأويل أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار
ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو البيع فيقام مقامه والحاصل أن الاتصال
بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك فأقيم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت

حق الشفيع باقرار البائع به صح له أن يأخذه وإن كذبه المشتري ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب أو بعد
فإن الرجوع عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن في ذلك برد البيع الخيار للبائع بخلاف الإقرار
فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فيعومل به كما دعته والهبة لا تدل على ذلك لأن غرض الواهب المكافأة
وهذا كما ترى أن له الرجوع فلا ينقطع فيه بالكلية ويستقر بالإشهاد للشفعة أحوال الاستحقاق و
بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالإشهاد وهو بعقد الطلب ولا بد من طلب المواثبة أي
طلب الشفعة على المسارعة أضاف الطلب إلى المواثبة للتيسير بها لأنه أي الشفعة ذكر الضمير نظرا إلى حق
يبطل بالإعراض قال عليه السلام الشفعة كحل العقال إن قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وهل ما
هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه والإشهاد والطلب يدل على الدوام فلا بد منهما
ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد ويملك وهو إنما يكون بالأخذ إما بتسليم المشتري
أو بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله ويظهر فائدة هذا أي توقف الملك في الدار المشفوعة
بعد الطلبين إلى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين وقوله في الصورة الأولى يعني إذا مات الشفيع
لأنه لا يملكها لم يملكها فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني أنه إذا باع داره زال السبب وهو الاتصال
قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني إذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لأنه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها
غيرها وقوله ثم قوله تجب بعقد البيع يعني قول القدوري

باب طلب الشفعة

والخصومة فيها لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته
وتقسيمه وإذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ نبه عليها طلب المواثبة سمي بها تبركا
بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أي طلبها أي على وجه المسارعة والمبادرة قوله وهو أن يطلبها كما علم أي
من غير توقف سواء كان عنده إنسان أو لم يكن وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف
وقوله والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج إلى الحجة الشهود وتحقيقه
أن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والإشهاد في ذلك ليس بشرط
وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل لقروي بيع أرض بجنب أرضك
فقال شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحيحا ومن الناس من قال إذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذها بطلت
شفعته لأن كلامه وقع كذبا في الابتداء وكان كالسكوت والصحيح أنه لا يبطل لأنه إنشاء عرفا ومنهم من قال لو
قال أطلب وآخذ بطل لأنه عدة محض والمختار ما ذكره المصنف قوله وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد
ذكرناه إشارة إلى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول أدب القاضي وأراد بأخواته
المولى إذا أخبر بجناية عبده والشفيع والمكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا وقوله بخلاف المخيرة إذا
أخبرت بخيارها عنده أي عند أبي حنيفة يعني أن المرأة إذا أخبرت بأن زوجها خيرها في نفسها ثبت
لها الخيار عدلا كان المخبر أو غيره فإن اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق وإلا فلا لما ذكر أنه ليس فيه إلزام
حكم حتى يشترط فيه أحد شطري الشهادة وقوله أو على المبتاع يعني المشتري أو عند العقار فالبيع الإسلام
الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشرا
حال غيبته عن المشتري والبائع والدار وأما إذا سمع الشراء بحضرة أحد هؤلاء فطلب طلب المواثبة وأشهد
على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد كما لو في مصر
واحد بطلت الشفعة قياسا ولم يبطل استحسانا لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان أحدهم في
مصره والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الأقرب إلى الأبعد بطلت قياسا واستحسانا
ثم مدة هذا الطلب مقيدة بالتمكن من الإشهاد عند حضرة هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته

وقوله ولا يسقط بتأخيره هذا الطلب يريد به الطلب الثالث وهو طلب
الخصومة وأما قال معناه إذا تركها من غير عذر لا بعذر أعني أنه إذا ترك لمرض أو حبس أو غير ذلك
لم يمكنه أن يوكل فهذا الطلب لا يبطل شفعته وإذا طالب الدفع وقوله وما ذكرنا من الضرر
قد نعني أن الشفيع إذا كان غائبا لم يبطل شفعته بتأخيره هذا بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين
والتفرق لزوم الضرر وكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نعول في النهاية عن الذخيرة إذا كان
غائبا فعلم بالشراء فإنه يبعث إلى أن يطلب طلب المواثبة كما من الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البائع
أو إلى الدار المبيعة لطلب الإشهاد فإذا مضى ذلك الأجل وهو قدر المسير الذي فإنه مضى ذلك الأجل
إلى هذه الأشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفعة له وأما التقدم للشفيع هذا
الموعود بقوله ونبين كيفية من بعد وكلامه ظاهر وقوله لاختلاف أسبابها لتغاير الأسباب كما تقدم ولا
بد من بيان السبب لمعرفة أنه يحجبه بغيره أو لا أو يزاحم مالكه كما إذا كانت سببا فإنه يسببه عند
ترجيح إذا كان أقوى بابا فلا ... ثم قوله دعواه قبل أن يقبل دعواه لأنه وإن شاء له دفعه
هل قبض المشتري المبيع أو لا لأنه لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع
السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشرا وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة أولا فإن عند أبي يو
ومحمد إذا انطاول الدفع فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى وهذا الإلزام المصنف لأنه ذكر
أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد
فإذا قال طلبت حين علمت أو أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فإن قال طلبته من غير تأخير
سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره فإن قال نعم قد صح دعواه ثم يقبل على المدعى
عليه فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة لأن اليد ظاهر محتمل يحتمل أن يكون يد
ملك وإجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لإثبات الاستحقاق فإن أقام فقد ثبت دعواه وإن عجز استحلف
المشتري بالله ما يعلم أن الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لأنه ادعى عليه أمرا
لو أقر به لزمه فإذا أنكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فإن نكل ثبتت دعواه
الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا فإن أقر فذاك وإن أنكر قيل للشفيع أقم البينة
فإن أقامها فذاك وإن عجز عنها استحلف المشتري على أنه ما اشتراه أو ما استحق عليه الشفعة من الوجه
الذي ذكر فهذا على الحاصل والأول على السبب وذكرنا الاختلاف فيه بزيد ما ذكره في فصل كيفية اليمين
والاستحلاف من كتاب الدعوى **قال** وتجوز المنازعة في الشفعة • وتجوز المنازعة
في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي بها لزمه إحضار الثمن قال
المصنف وهذا ظاهر رواية الأصل ولم يقل هذا رواية الأصل لأنه لم يصرح في الأصل هكذا ولكنه
ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير إحضار الثمن لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار
حتى يستوفي الثمن أو من ورثته إن مات وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية
الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوي مال المشتري
والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد
أضر بنفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن إليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا
للضرر عن نفسه وإنما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري
بإبطال الشفعة إذا ما طل في دفع الثمن وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط
وما ليس بثابت عليه لا يشترط إحضاره فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة وإذا قضي له بالدار

فللمشتري أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له أدفع إليه الثمن لا يبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي ه

قال وإن أحضر الشفيع البايع وإن أحضر الشفيع البايع إلى الحاكم والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن اليد وهي يد مستحقة أي معتبرة كيد الملاك ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وإن قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه إلا أن الحاكم لا يسمع البينة على البايع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البايع لسماع البينة فلعلتين اشترك في أحدهما مع البايع وتفرد بالأخرى وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله لأن الملك للمشتري واليد للبايع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما فلا بد من حضور المقضي عليه للقضاء بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت فإن حضور البايع إذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما انفرد به فهو ما ذكره بقوله وهو أن البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسألة لأن نقض إنما هو لأجل الشفعة ونقضه يفضي إلى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الإضافة لأن قبض المشتري مع ثبوت حق الأخذ للشفيع بالشفعة ممتنع وإذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج إلى الفسخ لأن الأسباب شرعت لأحكامها لا لذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البايع وهو قوله بعت مجردا عن إضافته إلى ضمير الشأن لتعذر الانفساخ فإنه لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيتحول لبقائه بتحويل الصفقة إلى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البايع وهذا لأن الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان يتعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى إلى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من المشتري إلى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البايع بريء من كل عيب فيها لكن له ذلك والجواب أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وإنما يعتبر في حق المشتري لعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقول المشتري العيب فتحول الصفقة إلى الشفيع موجب للسلامة نظرا إلى الأصل قوله فلهذا أي فلتحول الصفقة إليه يرجع بالعهدة على البايع لأنه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد لكانت على المشتري بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه الشفيع من يده حيث يكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض

قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم المشتري إذا كان وكيلا فإما أن يسلم المبيع إلى موكله قبل الخصومة أو لا فإن كان الثاني فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد والعاقد متوجه عليه حقوق العقد والأخذ بالشفعة من حقوقه وإن كان الأول فالموكل هو الخصم لأنه لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لأن الوكيل كالبايع من الموكل لأنه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه إلى الموكل كتسليم البايع إلى المشتري ولو سلم إلى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فإن قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبايع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة إذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البايع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل لكونه نائبا عنه فيكتفي بحضوره والبايع ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره وقوله وكذلك إذا كان البايع وكيلا ظاهر وقوله وكذا إذا كان البايع وصيا يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كانت الورثة صغارا وقد قيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازا عما لا يتغابن الناس بمثله فإن بيعه لا

يجوز

لا يجوز وقيل المراد بكون الورثة صغارا أن الوصي يبيع التركة إذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لأنهم متمكنون من النظر لأنفسهم وقوله وإذا قضي للشفيع بالدار إلى آخره ظاهر وقد تقدم ذكره أيضا

فصل في مسائل الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الأصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه

قال وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وإن كانا بمنزلة البايع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لأن الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار بأقل الثمنين والمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخير الشفيع بين الترك والأخذ فإذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجز عن إقامة البينة كان القول للمشتري لأنه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لأنه لم يرد فيه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وإن أقاما البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي للمشتري لأنها أكثر إثباتا فصار كبينة البايع إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وإذا أقاما البينة فإنها للبايع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنها للوكيل وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فإنها للمشتري لما في ذلك كله من إثبات الزيادة ولهما أنه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البينتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فكان أن يجعل كأن الموجود بيعين في حقه وله أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لأنهما لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول فالجمع بينهما غير ممكن فصار إلى أكثرهما إثباتا لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو الجواب عن التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري ولا يتوالى العقدان بينهما إلا بانفساخ الأول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل صدر منه إقراران أي بحسب ما يوجبه البينتان فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء وأما المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف ولئن سلمنا أن البينة بينة المشتري فذا باعتبار أن التوفيق متعذر إذ لا يصح البيع الثاني ههنا لكن إلا بفسخ الأول وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاها محمد وأخذ بها وقوله ولأن بينة الشفيع ملزمة لأنها إذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والملزم منهما أولى لأنها وضعت للإلزام وبينة المشتري غير ملزمة لأنها إذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير الملزم منهما في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة أخرى حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البايع والمشتري والوكيل والموكل فإن كل واحدة منها ملزمة فلهذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو ولأنها غير ملزمة

قال وإذا ادعى المشتري إذا اختلف البايع والمشتري في الثمن فإما أن يكون مقبوضا أو غير مقبوض ويكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فإن كان غير مقبوض فإما أن يدعي البايع أقل أو أكثر فإن كان أقل أخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولأن التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البايع بإيجابه لأنه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء ألا ترى أنه لو أقر بالبيع وأنكر المشتري يثبت له حق الأخذ وإذا كان كذلك كان القول قوله وإن كان أكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالحديث المعروف وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البايع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وإذا

القبض بالقضاء لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم وإن كان مقبوضا أخذها بما قال المشتري
إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وإن كان غير معلوم القبض فأما أن يقر
البائع بالقبض أو لا فإن كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض
وإن كان الأول فالغرض أن المشتري يدعي أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فأما أن
يقر أولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فإن كان الأول كما لو قال بعت الدار منه بألف وقبضت
الثمن أخذها الشفيع بقول البائع أي بالألف لأنه إذا بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به أي
بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع المتعلق بإقراره من الثمن لأنه إن تحقق
ذلك يبقى أجنبيا من العقد إذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب أن يأخذ بما يدعيه المشتري كما تقدم آنفا أن
الثمن إذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشتري وليس له إسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وإن كان
الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ويأخذها بما قال المشتري لأن بالإقرار بقبض
الثمن خرج من البين فصار أجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن أبي حنيفة أن
البيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لأن التملك يقع على البائع فيرجع
إلى قوله وهذا ظاهر لأنه لو لم يصر أجنبيا لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكا

فصل

فيما يؤخذ به المشفوع ❁ لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة
ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع **قال** وإذا حط البائع
عن المشتري حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لأن في المرابحة ليس في التزام
الزيادة إبطال حق مستحق بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إبطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا
تخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط الثمن ذلك عن الشفيع وإن حط الجميع
لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض ملتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأنه إنما يأخذ بالثمن والثمن ما بقي وإذا
حط بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد لئلا يخرج العقد عن
موضوعه وقد بيناه في البيوع في فصل قبيل الربا والربا في كلامه ظاهر **قوله** ومن اشترى دارا بعرض
أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا أخذها الشفيع بقيمته أي بقيمة العرض لأنه من ذوات القيم وإن اشتراها
بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنه من ذوات الأمثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري
بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن فإن كان له مثل صورة ملكه به وإلا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله
بالقدر الممكن يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن فيجعل جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة
ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون
قيمة البيت مما يعرف بالحزر أو الظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فإن
أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة **وقوله** وإن باع عقارا بعقار ظاهر ووجهه مما تقدم وإذا باع
بثمن مؤجل إلى أجل معلوم فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر عن الأخذ حتى ينقضي الأجل ثم
يأخذها وإنما وصفنا الأجل بكونه معلوما لأنه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه وليس له أن يأخذها
في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي القديم لأن الأجل وصف في الثمن
كالزيافة والأخذ بالشفعة به أي بالثمن فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط
ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله وليس الرضا دليل آخر وتقريره
لابد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل لأن الرضى في حق المشتري
ليس برضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم وللقائل أن يقول لما كان

الرضا

الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت
الأجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الأجل وقوله وليس الأجل وصف الثمن
جواب عن قول زفر ووجهه أن وصف الشيء ما يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لأنه حق المشتري والثمن حق
البائع وقوله وصار كما إذا اشترى شيئا ظاهر وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن يتناول قبض المشتري بالأخذ
بالشفعة وهو يوجب الفسخ إلى آخر ما ذكره في أول باب طلب الشفعة وقوله وإن أخذها من المشتري رجع
البائع على المشتري بثمن مؤجل إلى أجله يوهم أن الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم
وليس كذلك بل هو نظير تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان يقتضيه العقد والأجل يقتضيه الشرط
فبقي مع من ثبت الشرط في حقه وقوله وإن اختار الانتظار ظاهر وقوله القول لأبي يوسف الآخر احتراز
عن قوله الأول روى أبو مالك أن أبا يوسف كان يقول أولا كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها عند
حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال لأن الطلب إنما هو للأخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه
لأنه إنما يريد الأخذ بعد حلول الأجل أو بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال
فيكون لعدم الفائدة في الطلب لا لإعراضه عن الأخذ ووجه قولهما **وقوله** أولا ما ذكره في الكتاب وفيه
إغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز
أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند
أهل العلم به وأما الأخذ فإنه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الأجل وقوله وهو متمكن من الأخذ
في الحال جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم أن المقصود به الأخذ ولئن كان فلا نسلم
أنه ليس متمكنا من الأخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا **قال** وإذا اشترى
ذمي دارا بخمر وخنزير وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر وقوله وشفيعها
ذمي احتراز عما إذا كان مرتدا فإنه لا شفعة له سواء قتل في ردته أو مات أو لحق بدار الحرب ولا لورثته
لأن الشفعة لا تورث وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المصنف أما الخنزير
فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعشر العاشر
من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الإمكان ومن ضرورة
ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما إذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع إلى من أسلم
من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فإن وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثلا
إذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض
البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والإسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل
حق الشفيع في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء الشفعة
والباقي في كلامه ظاهر

فصل

الأصل في المشفوع عدم التغير والتغير ما
بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض وكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة وإذا بنى المشتري
أو غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي اشتراها به المشتري وقيمة
البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري قلعه وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن
وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر وهو أن له أن يقلع ويعطي نقصان
الثمن ويعطي قيمة البناء ولأبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناه على أنه ملكه والمحق لا يكلف قلعه لأن التكليف
بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب فإنه إذا بنى ليس له أن يكلفه القلع ويرجع في الأرض وبالمشتري
شراء فاسدا إذا بنى وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع اتفاقا وهذا أي ما قلنا أنه لا يكلف لأن

في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بضرر المشتري وهو القلع من غير عوض بمقابلة [illegible] وهو
[illegible] الشفيع [illegible] البناء والغرس [illegible] ظاهر الرواية ولان
المشتري بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق
وكل من بنى كذلك [illegible] من غير تسليط من جهة من له الحق
عن الموهوب له والمشتري شراء فاسدا [illegible] والبايع وهذا لان
[illegible] الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] معطوف على قوله
[illegible] وهذا الحق اي حق الشفيع [illegible]
ولا يلزم من عدم تكليف القلع في حق ضعيف عدمه في حق قوي قيل فيه نظر لان الاستبداد ثابت بعد البناء في البيع
الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستبداد لا لانه لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية او لانه
لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر خلافهما وقوله ولا معنى لايجاب القيمة راجع الى اول الكلام يعني اذا
ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري ان بنى او غرس
ثم رجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البايع دون المستحق فكذلك ها هنا وقوله والزرع يقلع
جواب عن قوله وكما اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان
قوله وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري يتضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون
بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار
المشفوعة وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطي ما زاد فيها بالصبغ وبين
ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان القلع لا يتضرر به المشتري
لسلامة النقض له بخلاف الصبغ وقوله وان احب اخذه بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقريره الشفيع
بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء اخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة تجب قيمته مقلوعا
كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا غير لانه اخذه من البايع او
المشتري لانه تبين ان اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا لانه متملك عن
المشتري فنزل منزلة البايع والمشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البايع بالثمن وقيمة البناء فكذلك
الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشتري مغرور ومسلط على البناء والغرس من جهة البايع
ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار كلامه ظاهر
والتامل فيه يرشد الى ان في قول من قال انهم يعني اعتنا زعموا ان البناء اذا احترق لم يسقط شيء من
الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض يسقط حصته من الثمن كما لو اغبر واغفل المأذون الناس تعسفا
لقلة التامل فان منشأ الغرق ليس فعل الماء وانما منشاؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن اذا فات من غير صنع احد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض اخر فلا بد من اسقاط حصته ما غرق
من الثمن وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار منقولا فلم يبق تبعا فبقي منقولا ولا شفعة
فيه وقوله ومن ابتاع ظاهر وقوله وما كان مركبا فيه يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله على ما عرف وقوله

المبيعة

في ولد المبيعة يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت قبل قبض المشتري [illegible]
[illegible]
[illegible]
به وقد زال وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل
بعد الاجمال **قال** الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل
من دار او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا
بطريق التبعية فلا يؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بيت الرحى والرابع الدار والحائط
والبستان واصله ما احاط به والحب بسكون الباء وفتحها في معنى القدر واختار الجوهري الفتح
وقال انما يكون في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه لبيان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب
الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها
بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار والمسلم والذمي سواء فيها وقال ابن ابي ليلى الشفعة
رفق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا ان العمومات من غير فصل والاستواء في السبب
والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر
والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء الجار وقلنا ان لم يتضرر في الحال
يتضرر في المآل فيستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا فاذا كان البايع
غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله ذلك
والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره
قال واذا ملك العقار بعوض هو مال قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن
شرطها ان يتملك بعوض هو مال لان مراعاة الشرع وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات
الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجب وهي انما يمكن اذا كان العوض
مالا لان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب اخر وهذا
لا تجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي يملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة
في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة عليها او يستاجر بها او غيرها اي غير الدار من عبد
وحانوت او يصالح بها عن دم العمد او يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يملك هذه الاشياء للمشتري حتى
يتحقق التملك بمثل ما يملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط
الشرع الى اخره كافيا لكنه استدرك عليه بقوله بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الى
اخره استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها
وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ
بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله اي قول الشافعي يتاتى فيما اذا جعل
شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه اي ما يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة عنده الا في [illegible] لا يرى
شفعة الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام قوله ولنا قوله جواب عن جعل هذه الاعواض متقومة وتقريره
ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضرورة والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في
حق الشفعة قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم انما افردهما لانه لا تقوم لهما اصلا لانهما ليسا بمال فضلا
عن التقوم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة

إنما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الأوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الجامع
فيهما لأن العتق إسقاط وإزالة والدم ليس إلا حق الاستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به وبهذا خرج قوله
وعلى هذا البيان أن العوض عند العقد وبعده سواء في كونهما مقابلا بالبضع بخلاف ما إذا باع الدار
بمهر المثل أو بالمسمى فإن فيه الشفعة لأنه مبادلة المال بالمال واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة
في الشراء الفاسد وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة في الساقط لا تفضي إلى المنازعة
والمفسدة ما أفضت إليها ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار أي في شيء
منها وقالا تجب في حصة الألف بقسمة الدار على مهر المثل وألف درهم لأنه مبادلة مالية في حقه أي في حق
ما يخص الألف وأبو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد
بشرط النكاح فيه ولو كان البيع أصلا فيه لفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك وقوله
ولأن الشفعة دليل آخر وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية وأما أن تكون هي المقصودة
فممنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس ماله ألفا فاتجر وربح ألفا
ثم اشترى بالألفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالألفين فإن رب المال لا يستحق بالشفعة في حصة
المضارب من الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لأن البيع كان لرب المال
لأن المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في حصة الربح وهو التبع والله أعلم

قال أو يصالح عليها بإنكار عطف القدوري قوله أو يصالح عليها بإنكار على قوله أو يعتق عليها
عبدا من الصور التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر
وقوله إذا لم يكن من جنسه أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه كان أخذا لحقه
فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض
فيها رأسا إلا أن تكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من القبض فإذا وهب دارا لرجل على أن يهب له الآخر
ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء
وقد قررناه في كتاب الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا
في العقد فإنه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض إن كان دارا لأن كل واحد منهما هبة مطلقة
عن العوض إلا أنه يثبت منها مانع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك
من البائع وبقاء حق البائع يمنع من الشفعة كما في البيع الفاسد فلأن يمنع بقاء ملكه كان أولى فإن أسقط الخيار
وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير
سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود
البيع لأنه هو السبب قوله وإن اشترى بشرط الخيار ظاهر وقوله على ما مر إشارة إلى قوله من قبل وتجب بعقد
البيع إلا أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار إلى آخره قوله وإذا أخذها
أي إذا أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولا خيار
للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما أي لأحد المتعاقدين
عن البائع والمشتري فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها فإن أخذها بالشفعة
كان نقضا للبيع لأنه قرر ملكه وإقدام البائع على ما تقرر في مدة الخيار نقض للبيع لأنه لو لم يجعل نقضا
لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة ولتبين
أنه أخذها بغير حق وكذا إذا كان الخيار للمشتري وفيه إشكال وهو ما ذكره البلخي أن من أصل أبي حنيفة أن
المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضا وقوله

أو اختياره

أو اختياره للبيع قال في النهاية هذا الجواب في حق الإشكال غير وارد إلا على أصلهما وهو قوله ومن
اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا وقيل إذا كان الجواب في حق هذا الإشكال إذا أخذ
كان في حق السؤال كذلك لأن الجواب بقصر السؤال ولو لم يكن كذلك لم يوجد هذا الإشكال وأن يكون أوجه
في كتابه المشتري ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأنه خيار البائع لا خيار المشتري قوله وإذا أخذها
يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط
خياره لما ذكرناه في طرف البائع وقوله بخلاف ما اشتراها بعد غير ظاهر وقوله ثم حضر شفيع الدار الأولى فتسقط
الأولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار للشفيع بأخذها دون الثانية وهي التي أخذها
المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء
فاسدا كلامه واضح وقوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها إنما هو فيما إذا
وقع فاسدا ابتداء إذ لو كان الفساد بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله ألا ترى أن النصراني
إذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه
يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لأن فساده بعد وقوعه صحيحا قوله وفي إثبات حق الشفعة تقرير
الفساد قال وجوب الأخذ بالشفعة واعترض بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت الفساد في حق الشفيع كما في
حق الخيار إثبات للمشتري لو شرطه لا يثبت في حقه بل مقصودا يتصل إلى حقه ولا تلزم مقرونة
الفساد وأجيب بأن فساد البيع إنما يثبت لمعنى راجع إلى العوض إما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل
الخمر ثمنا فلو أسقطنا العوض لفساد فيه صار البيع بلا ثمن وهو فاسد وما لا يلزم من وجوده وجوده
فلا يمكن إلا أن البيع الفاسد غير منعقد فأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار بخلاف ما إذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري ثابت ولم يمنع حق
الشفعة وتقرير الجواب أن المشتري بذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرف الفسخ والإجازة وذلك
حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل
أن الفسخ وإن كان محتملا فيهما لكن في الخيار المشتري يملك التصرف في الحال على وجه يبطل موجب الاحتمال
بإسقاطه وفي الفاسد لا يملك لأنه ممنوع عن التصرف واعترض بأنا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن
يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى للبائع حق الفسخ وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأنا لا نسلم أن له ذلك بل هو منهي وقد
يترتب على المحظور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول وتقرير الفساد المأمور
بنقضه من الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت في الشرع لرفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقريره
له كان كافيا وورود الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لرفع الفساد فإن الفسخ فيه وإن كان ثابتا بالشرع لكنه
ليس لرفع الفساد لكنه أتى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور
أو على من صار أخص بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار وإن لم يكن مالكا فهو أخص بالتصرف والمشتري فاسدا
ليس منهما فإن سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة
لزوال المانع وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وإن سلمها إلى
المشتري فهو أي المشتري شفيعها لأن الملك له باق في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة
بالشفعة إلى الدار المشتراة بالشراء الفاسد لأنا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن
من نقض المشتراة بشراء فاسد مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فإنه لو ثبتت الشفعة
ثمة لانتقل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فإن قيل
الملك وإن كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداده

استردادا ما ثبت به حق الشفعة وهو المشترى شراء فاسدا فان بقاء ذلك منع الشفيع عن اخذ المشترى بالشراء الفاسد
اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب
الشفعة للراهن اذا ابيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد
بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من بيع المشترى من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد ثم ان اسلم
البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشترى قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت الشفعة لزوال ما كان يتجاور
به كما اذا باع بخلاف ما اذا اسلم بعده لان بقاء ما يتجوز به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم ليس بشرط وان
استردها اى الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشترى لانقطاع
ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا يثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان استرد
بعد الحكم بقيت الثابتة لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط **قال**
واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز
ولهذا يجرى فيه جبر القاضى والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت للقاسم لكونه جارا
بعد الافراز وهو مقصود واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية او خيار شرط
او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعنى فيما اذا كان
الرد بالنقصان بين القبض وعدمه واما اذا ردها بعيب بغير قضاء فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان
الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه او قضاء القاضى وان كان الثانى
وهو مراد القدورى ففيه الشفعة على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون قوله ومراده اى مراد القدورى
في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض
وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما فاما رواية الكبير فمعناها
ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رده بخيار الرؤية
وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وانكر فخر الاسلام ومن تابعه
كالصدر الشهيد وصاحب الهداية هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضى خان في شرح الجامع
الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد لان الرد فيه بخيار
الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون غير ما وقع في الاولى او مثله ولا فائدة فيه فاما
اذا كانت عقارا او غيره فالظاهر انه اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا ◦ والله اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

اخر البطلان عن الثبوت لما
لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم
وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد
بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق قوله واذا ترك
الشفيع الاشهاد حين علم طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما فسرنا ذلك كيلا يرد ما ذكر
قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل
والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب
وهذا يعنى اشتراطه بالقدرة حتى لو سمع وهو في الصلوة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا ان طلب
المواثبة وترك التقرير والاشهاد على ما اوضحنا فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة
ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس

بحق

بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز من الشرط
يعنى الشرط الملائم وهو ان تعلق اسقاطه ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشترى سلمت شفعة
هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل بين الملائم وغيره
ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم لانه اعراض
اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال
لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال
وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين
احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثانى ان يصالحه
على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لجهالته وله الشفعة لفقد الاعراض قوله
وكذا لو باع شفعته يعنى انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة كحق القصاص والعتاق في كونها غير اموال
والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره انما
يتعين بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان
نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في ذمته فكان حقا متقررا وكذلك
الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملكه في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختارينى بالف او قال
العنين لامرأته اختارى ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار
ولا يثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان اخذ العوض اكل مال بالباطل
وهو لا يجوز والكفالة بالنفس في هذا اى في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة
والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابى حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو
فعل ولا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابى سليمان لا تبطل الكفالة ولا يجب المال
والفرق بينهما وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الرضا ولهذا لا يسقط بالسكوت وتمام الرضا
انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه
الرواية اى رواية ابى سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال
ولا يجب المال وقيل هى اى هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة يعنى لا تبطل الكفالة بالصلح على
مال ولا يجب المال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في موضعه في المبسوط **قال**
واذا مات الشفيع اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل
قضاء القاضى بالشفعة وتسليم المشترى اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان
يأخذوها وان كان الثانى فلهم ذلك وقال الشافعى الاول كالثانى بناء على اصله ان الحقوق اللازمة
تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكونه خليفته
وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذى يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء
شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا الوارث بالخيار ان باع سقط وهذا نظير
الاختلاف في خيار الشرط في ان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشترى
لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق ولا تباع الدار في دين المشترى ووصيته اى لا يقدم دين المشترى ووصيته
على حق الشفيع لان حق الشفيع يتقدم على حق المشترى كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا
وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضى او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشترى
في حياته لا يقال بيع القاضى حكم منه فكيف ينقض لانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق

نقض تصرف المشتري فلا يكون نافذا وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل القضاء بها فإما أن يكون باتا أو بالخيار
له فإن كان الأول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا أي ولأن زوال السبب
مبطل يزول به أي بالبيع وإن لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط
كما إذا أسلم صريحا أو أبرأ عن الدين ولا يعلم أن الدين عليه وطولب بالفرق بينهما وبين ما إذا ساوم الشفيع
المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه فإن علم بالشراء سقطت وإلا فلا وأجيب بأن المساومة والإجارة
لم توضعا للتسليم وإنما يسقطها لدلالتها على رضى الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح
والإبراء ورد بأن بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وإن لم يعلم وأجيب بأن بقاء ما يشفع
به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له في وقوع الإبطال
وإن كان الثاني لم تبطل شفعته لأن الخيار يمنع الزوال فبقي الاتصال **قال** ووكيل البائع إذا باع
وهو الشفيع فلا شفعة له ذكر الأصل وهو أن من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع أو بيع له كرب المال
إذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى أو وكل المشتري أو اشترى
له كالموكل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس
كذلك لأن الأخذ بالشفعة كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة إنما تبطل بالرغبة عنها وكذلك إن كان وكيل
البائع لو ضمن المشتري الدرك رجل عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم
يرض المشتري إلا بضمانه فكان الأخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته وكذا إذا باع وشرط الخيار لغيره
إلى آخره وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بحنطة أو شعير قيمتها
ألف أو أكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته أما في الأول فلأنه إنما سلم استكثارا للثمن المذكور فإذا ظهر
من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كأنه قال سلمت إذا كان الثمن ألفا إن أراد به تسليما مشروطا بشرط فينتفي
بانتفاء شرطه وفيه نظر نظرا إلى خلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف فإن مستكثر الألف أكثر استكثارا للأكثر
فكان التسليم صحيحا وأما في الثاني فلأنه ربما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به إذ الجنس مختلف قال
في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان
تسليمه باطلا أيضا ويكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالأولوية فإن التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر
من المسمى فلأن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى
المكيل بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير
فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كان قيمته أقل من ذلك لم يصح التسليم وإذا ظهر أنها
بيعت بثمنها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل
ولنا أنهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ويبادل أحدهما بالآخر متيسرة عادة وإذا قيل للشفيع
أن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضا بجوار شخص
قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت
اشتريتها وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق
لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده وهذا
كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله في ظاهر
الرواية احتراز عما روي عن أبي يوسف على عكس هذا لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع وقد
تكون حاجته إلى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج إلى الجميع

فصل

لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال ذكر تلك الأحوال في هذا الفصل لاحتمال أن يكون الجار فاسقا

بيادي

يتأذى به وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا فاحتيج إلى بيانه وكلامه واضح وقوله
لما بينا إشارة إلى قوله لانقطاع الجوار وقوله إلا أن المشتري في الثاني شريكه لأنه حين اشترى الباقي كان
شريكا بشراء الجزء الأول واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل
الحكم به لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله فإن أراد الحيلة هذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع
في الشفعة والأولى ترجع إلى إبطال حق الشفعة وقوله إلا أنه إذا استحقت المشفوعة استثناء من
قوله وهذه أخرى تعني هذه حيلة عامة إلا أن فيها وهو وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق
يستحق الدار لا يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار فيتضرر به أي يرجع مشتري الدار عليه
بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار وقوله ولا وجه إلى آخره تقريره إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة
آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلا فلو أراد
الشفيع أن يأخذها أخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري
بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه لأنه إذا استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف
كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف
وقوله ولا تكره الحيلة اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للدفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول
مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو
مكروه بالإجماع والثاني يختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي
ذكره في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب
الشفعة بلا خلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة

مسائل منثورة

ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه والمعنى
ظاهر سوى ما ننبه عليه قوله يتضرر به أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر زيادة ضرر التشقيص
فإن أخذ المكان منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع
على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا وقوله ولا فرق في هذا أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد
المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه القدوري
قال روي عنهم أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لأن التملك
حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ذلك وقوله بمنزلة أحد المشتريين يعني أن أحد المشتريين
إذا نقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا
يلزم تفريق اليد على البائع وقوله لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت الصفقة
من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة
كان للشفيع أن يأخذ أحدهما وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضي هذا العيب حيث اشترى كذلك
وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع ومن اشترى نصف دار غير مقسومة
فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو ترك وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري
ادفع إلى البائع حتى أقاسمه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من
تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار إلى البائع وإن
كان له فيه نفع فعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه
من الدار المشتركة فقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فإن للشفيع نقضه لأن العقد ما وقع مع الذي
قاسم فإنه لم يجز بين المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك

فكان مبادلة وللشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرف كالهبة واطلاق الجواب أي في الجامع الصغير
وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي للمشتري في أي جانب
كان وهو رواية عن ابي يوسف والباقي ظاهر **قال** وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكرنا أن الحق
والصغير في استحقاق الشفعة الكبير لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء
حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم الجد ابو ابيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد هولاء فهو في
شفعته اذا ادرك فان ترك هولاء الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة
في رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي حنيفة اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل
في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر
لا يصح منه التسليم اصلا وهو الصحيح اختاره شمس الائمة روي أن محمدا مع ابي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة
خلافا لابي يوسف ولمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير ولا يملكان ابطاله كالدية وفي بعض النسخ كديته
والاول ثابت ما قرن به وهو قوله وقوده والثاني رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو
عن القصاص الواجب له ولانه شرع لاجل الضرر وفي ابطاله اضرار به ولابي حنيفة وابي يوسف انه في
معنى التجارة لانه يملك العين فيملكانه يوضحه انه لو اخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بايعه جاز فلذلك اذا
سلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضحه بقوله الا ترى وهو واضح وقوله
ولانه تردد دليل اخر يخص الجواب عن الدية والقود ولان النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف
الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به **وقوله** ويكون سكوتهما كابطالهما لما كان ما ذكر
من الدليل مختصا بالتسليم اورده بقوله ويكون سكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا ابيعت بمثل قيمتها
او الغبن اليسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز التسليم بالاجماع من غير خلاف لمحمد وزفر
لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح فانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي
على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة لا يصح التسليم منهما واذا لم يصح عنده
لا يصح عند محمد وزفر ايضا لانهما لم يريا تسليمها اذا ابيعت بمثل الثمن فلان لا يريا اذا ابيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى
وانما خص قول ابي حنيفة بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع
عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي الاحسن
وليس تركها هيهنا لذلك ولهذا المعنى ايضا خص قول ابي يوسف بقوله ولا رواية عن ابي لانه كان مع ابي
حنيفة في صحة التسليم فيما اذا ابيعت بمثل قيمتها

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع
فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده
الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدرة للاقتدار
وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص
وركنه ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع
في المذروعات والعدد في المعدودات وشرطها أن لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط
والحمام ونحوهما وهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في المغانم والمواريث
وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم لا يعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال
او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه

في نصيب صاحبه

في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى من الافراز هو أن يقبضه لعين حقه والافراز
هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذ احدهما من نصيبه مثل ما ترك
عليه بيقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كاخذ العين فجعل
القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها اظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال
غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه
لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين
فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ولما استشعر أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة
عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها
مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء والديون تقضى بامثالها فصار مبادلة
بدلا عما في ذمته وهذا اجبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه اولى وهذا لان احدهم
تطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي
اجابته وكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره واذا كانت من اجناس مختلفة
كالغنم والبقر والابل لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد
ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص
قال ينبغي للقاضي ينبغي للقاضي كلامه ظاهر الا ما ننبه عليه قوله لانه ارفق بالناس
وابعد عن التهمة لانه متى يصل اليه اجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة الى البعض ويجوز للقاضي أن
يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين اجرا لكن الاولى أن لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست قضاء على الحقيقة
حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض جبر الآبي على القسمة الا أن لها شبها بالقضاء من
حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر من حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر
عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب أن لا يؤخذ وقوله عدلا مأمونا ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت
من لوازمها لجواز أن لا يكون غير ظاهر الامانة وقوله ولو اصطلحوا فاقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى
الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر
المعاوضات **وقوله** كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة يعني اذا استأجروا الكيال ليفعل
الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر وقوله لان الاجر مقابل
بالتمييز وانه لا يتفاوت وتحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه
لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على أن الاجرة في مقابلة القسمة
وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء ويزداد دقة بقلة الانصباء
فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أعسر ويجوز أن يعكس عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وتعب فيه
فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب
وهو يتفاوت وقوله وان لم يكن للقسمة بأن اشتريا مكيلا او موزونا وأمرا انسانا بكيله ليصير لكل معلوم
القدر فالاجر بقدر الانصباء وهو العدد ولو اطلق ولم يفصل يعني لو اطلق ابو حنيفة في الجواب وقال اجرة
الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب
الكثير اكثر فكان اصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد يعكس كما تقدم وقوله ولا يفصل تأكيد وبيان

وقوله وعنه أي عن أبي حنيفة أن الأجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع **قال** وإذا حضر الشركاء كما إذا احضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا القسمة فإما أن تكون عقارا أو غيره فإن كان عقارا فإما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال إليهم فإن كان الأول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة وقالا يقسم باعترافهم وإن كان الثاني قسمه بالاتفاق وإن كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وإن كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة إنما يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو لمنازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لأن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا عوض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البينة ليس بلازم لأنها لا تكون إلا على منكر ولا منكر ههنا فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أن في الصك الذي يكتبه القاضي أنه قسمه باعترافهم ليلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم ولأبي حنيفة أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة تنفذ فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فإن الزيادة للموصى له فدل على أن التركة مبقاة على ملك الميت وكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي إما إقرار الورثة أو بينتهم وإقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد وذلك لأن بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فإن قيل كل واحد مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك أي كونه خصما بسبب إقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه إنما يقضي عليهما بالبينة بدين الميت وإن كانا مقرين بهما وهذا لأن الأمر المدعى يحتاج إلى إثباته في حقهم وحق غيرهم لأنه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له بإقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج إلى إقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك إلا بالبينة قوله بخلاف المنقول جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لأن القسمة نظر إلى آخره والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة ففي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبي حنيفة فإنه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده وبخلاف جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روي عن أبي حنيفة في غير الأصول أن القاضي لا يقسمه بينهم ويسوي بين الشراء والميراث ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قوله وإن ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله هذه يعني القسمة فيما بينهم من غير إقامة البينة رواية كتاب القسمة وأعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكا لغيرهما فإنهما لم يذكرا انتقاله إليهما فاحتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون ملكا لهما لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما يقسم بينهم لأنهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا أولى وقيل قول الكل وهو الأصح لأن القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك يفتقر إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز **قال** وإن حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح في أيديهما لأنها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعض هذا في الكتاب وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وأجيب بأنه أطلق

الجمع

الجمع وأراد المثنى بطريق قوله وارثان وأقاما الكلمة ملبس وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصبي ولظهور نصيبهما مما في يد الغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة يعني فيما إذا كان معهما صبي عند أبي حنيفة كما إذا كان معهما غائب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحد منهم وإن أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله ونصب عن في الشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت تكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين البينة وعدمها يعني فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه وقوله كما أطلق في الكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم يقسمها بإقرار الحضور حتى يقوم على إقامة البينة على أصل الميراث لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بإخراج شيء مما كان في يده وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا يصلح مخاصما ومخاصما فالحاضر إن كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان خصما عنهما فإنه من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين والباقي ظاهر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم بينهما وإن كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لا ينتفع منهم أحد فإن كان الأول قسم القاضي بطلب أحدهم جبرا على من أبي لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة على ما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلبه صاحب القليل القسمة وأبى صاحب الكثير وفي حجته ظاهر وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر والأصح هو المذكور في الكتاب أي القدوري وهو الأول لأن رضى صاحب القليل بالتزام الضرر ولا يلزم القاضي شيئا وإنما الملزم طلبه الإنصاف من القاضي وأيضا له إلى المنفعة وذلك لا يوجب عند طلب صاحب القليل وإن كان الثالث بأن كان المشترك بينهما بيتا صغيرا لا يستضر كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذه تفويتها ويجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد المصنف عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي وقوله ويقسم القاضي كل مكيل وموزون ظاهر وقوله ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والأواني المتخذة من أصل واحد كالإجانة والقمقم والطست المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الأثواب المتخذة من القطن أو الكتان إذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد المصنف ولا يقسم

ثوبا واحدا لاشتمالها على القسمة على الضرر بسبب القطع لا رغبة الاتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء
فان رضيا بذلك قسمه بينهما ولا ثوبين اذا اختلفا قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها
التراضي ووجه المعاوضة ان التعديل بينهما لا يكون الا بزيادة دراهم مع الاكثر والدراهم لم تكن مشتركة
فترد القسمة بكاره معاوضة بخلاف ثلاثة اثواب اذا اجعل ثوب بثوبين يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة
الثوبين واراد احدهما القسمة وابى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والاخر ثوبين وكذا ان
استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثلاثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث
مشتركا بينهما على ذلك القصة لانه مشترك البعض دون البعض وذلك جائز لانه يتيسر عليه التمييز في بعض
المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما له معاوضة يحتاج الى
التراضي وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو
اما ان يكون مع الرقيق شيء اخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان كان صح القسمة في قولهم جميعا
على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا
في القسمة وقد يثبت الحكم بشيء تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان
كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا واناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة
رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم والرقيق المغنم
ولابي حنيفة ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكتابة لان من العبيد من يصلح
للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم للفروسية وغير ذلك فتمتنع جمع نصيب كل واحد منهم فانه سائر المنافع فلم
يكن ذلك قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني
ادم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم جواب عن قولهما والرقيق المغنم وذلك لان حق الغانمين
في المالية حتى كان للامام بيعها وقسم ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على
عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك اجيب بان القسمة يحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة
بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه قوله واما الجواهر الى اخره واضح **قال** ولا يقسم حمام ولا بئر
ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل واحد منهما
بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والحمام ضرر الرحى ضرر لهما او لاحدهما
فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم
يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره في اول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد
يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما قوله واذا كانت دور مشتركة ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت
والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة لا يقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت يقسم مطلقا
لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقة بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة
والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لان المنزل فوق البيت
دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها كالتفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه
والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها
يقولان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب
البيوع **قوله** وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت الى اخره واضح الى اخره كره انما خص الحانوت
بالذكر لان هذه المسألة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي وقوله وان اجاز منافع الدار
بالحانوت اي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله او تبنى حرمة الربوا

هناك

530

هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني ان كانت منافع الدار والحانوت لاتحاد اصل السكنى والمقصود
منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد
قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او تكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا
اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول شبهة المجانسة
ووجه اخر في التوفيق ان يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث الذات فلا يجوز القسمة الواحدة باتحاد
الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربوا

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية
صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف **قال** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه
اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغد ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه
حفظه ان اراد رفع تلك الكاغد الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة
ويروى يعزله اي يقطعه عن القسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة اذ
البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب احدهم شيء منه فيكون عالما بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي
بطريقه وشربه ان امكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني
والثالث الى ان يفرغ السهام ويكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا الى اخره قال الامام حميد
الدين صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدسها وللاخر ثلثها وللاخر نصفها يجعلها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم
الاول والذي يليه بالثاني على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه اولا
فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول
والذي يليه وان كان صاحب النصف الاول فله الجزء الاول والذان يليانه قوله وقوله في الكتاب
واضح **وقوله** والقرعة لتطييب القلوب جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق
بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة
ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس
في معنى القمار لان اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال
انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما لانه ربما يتهم في ذلك فيستعمل
القرعة ليطيب قلوب الشركاء وينفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى الى زكريا عليه السلام حيث
استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه بعلمه بكونه احق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم
قال ولا يدخل في القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار ارادوا قسمته وفي احد الجانبين
فضل فاراد احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم واخر لم يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة وان
تراضوا ادخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان
احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته فلا يصل اليها وليس بين ما يصل الرجل اليه في الحال
وما لا يصل معادلة ولا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان ارض وبناء
الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة الى ان الارض
يقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على
الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملكه تسمية الصداق
ضرورة التزويج ومحمد الى ان يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم يف العرصة
بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا

يوافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الاخر فضل من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله فان قسم بينهم يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الما في نصيب الاخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرفه في القسمة او لم يمكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الاخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق ولا يدخل الا بالشرط وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة او لا فان كان الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لما فيها من الضرر وبقاء الاختلاط فيستانف وهذا بخلاف البيع فانه اذا ابتاع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من مسيل الما ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه ملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك انقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل يدخل وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا يدخل وان ذكرت لان دخولها انما في الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلف الشركا في رفع الطريق بينهم في القسمة فقال بعضهم لا يدفع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل يدفع ينظر القاضي في ذلك فان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه اي دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم يجعل سعة الطريق اكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به فلا فائدة في جعله اعرض من ذلك وفائدة فاسمه ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا اراد ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب من الاعلى ان احدا الشركا اذا اراد ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهوا فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بناء على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فكان بانيا عن الهوا المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركا وان كان المقسوم ارضا يرفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيودي الى ما لا يتناهى كذا في النهاية وبقية كلامه واضحة **قال** واذا كان سفل لا علو له صورة المسئلة ان يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لاخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لاخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيد بذلك لئلا يقال لقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة اذا ظهر ذلك فاعلم ان علماءنا اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لانه هو الاصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة احدهما نصف قيمة الاخر حسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البير واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع من السفل بذراعين من علو وقال

ابو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل هو بناء على معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البنا والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البنا على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي حنيفة ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالاخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة **وقوله** لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلاثة وثلثون وثلث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلثة وثلثون وثلث من السفل الكامل في مقابلة ستة وثلثون وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلثة وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول ابي يوسف ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي وشهد القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكانه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما وقوله ولانه اي التمييز لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وقيل لان الرجوع يصح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اما اذا كانت بقضاء القاضي او نائبه بقسمته فليس لبعض الشركاء ان يابى بعد ذلك لعدم تجزؤ بعض السهام والباقي وضح

باب دعوى الغلط في القسمة

والاستحقاق فيها ● لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرها والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر فعلى هذا اذا ادعى الغلط في القسمة وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفا لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما اذا ذكر في الكتاب ولا يتحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه اي اقر بالاستيفا والاستيفا عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا **قوله** والى هذا اشار من بعد يريد به قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه اي لم يقر بالاستيفا والاستيفا عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا بالاستيفا وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا اوجب ان لا يقبل دعواه

أصلاً إذا قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه وعجز عن إقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه
الغصب وهو منكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو إما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقومين فإن كان
الأول لم يلتفت إلى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لأنه لا احتراز عن مثله عسر جداً وإن
كان الثاني فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد
بالعدل ولم يوجد وإن كان بالتراضي لم يذكره محمد وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول للقائل أن
يقول لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه أما البيع
من غير المالك فإنه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الأب والوصي وللقائل أن يقول تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة
شرط في القسمة والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فإذا ظهر في القسمة غبن فاحش فات شرط
شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ بالقول الأول وهو مختار المصنف
وبعض المشايخ كانوا يأخذون بالقول الثاني **قال** ولو اقتسما داراً هو من مسألة أول الباب
لكن أعاده ليزيد فيه بيان وقوله لما قلنا إشارة لما قلنا إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة
بعد وقوعها وقوله وكذا إذا اختلفا في الحدود فيه صورته دار اقتسمها رجلان فأصاب أحدهما جانب منه
وفي طرف حد بيت في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما
بينا يعني قوله لأنه خارج منه وبينة الخارج تترجح على بينة صاحب اليد والباقي واضح

فصل

لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق وإذا استحق بعض نصيب أحدهما هنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين من
أحد النصيبين أو فيهما جميعاً واستحقاق بعض شائع في النصيبين واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين
ففي الأول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة ولكن يخير
إن شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وإن شاء رد ما بقي واقتسما ثانياً وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ
ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الأصح وصورة المسألة إذا أخذ
أحدهما الثلث المقدم من الدور والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بأن يكون قيمة الدار ألفاً وما بين درهم
مثلاً وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما إن شاء
نقض القسمة دفعاً لعيب التشقيص وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف
ما في يده وهو الثلثان فإذا استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو الثلثان فإذا استحق النصف رجع بنصف
النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتباراً للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين أربعمائة وخمسون
درهماً والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع الألف ومائتين قال المصنف ذكر الاختلاف يعني القدوري في استحقاق
بعض بعينه وكذا ذكر في الأسرار أن الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية
وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وضعاً
وتعليلاً من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضاً
نظر فإن قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه
متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقدير كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ
يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة
بدون رضاه باطلة لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القسمة فيها فلا بد من التراضي
فصار كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يظهر فيه الاستحقاق
فواضح وأما في النصيب الآخر فلأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً بخلاف المعين فإن باستحقاق بعض
معين يبقى الإفراز فيما وراءه لكنه يتخير إن شاء نقض القسمة من الأصل لأنه ما رضي بها إلا على تقدير المعادلة

وقد فات

وقد فات ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لأنه يوجب الشيوع في نصيب الآخر
ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كان دار ان تخفيف والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة
نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخرين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هؤلاء
الاثنين على السوية أيضاً فاقتسم الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر وإذا جاز ابتداء
جاز انتهاء بطريق الأولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الإفراز بخلاف الشائع في النصيبين فإنه
لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين أما هاهنا فلا ضرر بالمستحق وقوله وصورة المسألة
يعني مسألة الكتاب لأن المستشهد بها وقد قدمناه دفعاً لهذا اللبس وقوله ولو باع صاحب المقدم نصفه
يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ثم استحق النصف الباقي رجع بنصف ما في يده
إلى قوله اعتباراً للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لأن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه القسمة
بتقلب فاسخة عنده فيضمنها للبائع بعد الاستحقاق قوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي
أن ينقض البيع لأنه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود
المبادلة وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد فنفذ البيع فيه وهو مضمون
بالقيمة لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصفه لصاحبه **قال** ولو وقعت القسمة
ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء ردت القسمة
لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم من
الوارث لم يعتق وكذا إذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة
ما يفي بالديون وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو
أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطاً أو غير محيط لأن المانع قد
زال بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فإن
القسمة تنقض إن لم يرض الوارث والموصى له لأن حقهما في عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما
وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت ولو ادعى عيناً لم يصح لأن الدين يتعلق بمالية
التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يكن تناقض في دعواه بالإقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق
بالصورة والقسمة تصادفها فالإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصوص
تناقضه وللقائل أن يقول إن لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت
كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب أنه إذا أثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة
تامة فلا يلزم ذلك

فصل

لما فرغ من بيان قسمة الأعيان شرع في بيان قسمة
الأعراض وهي المهايأة وأخرها عن قسمة الأعيان لكونها فرعاً عليها وأحال أن الترجمة بالباب أولى لأن الكلام
في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال
أنها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيؤ للشيء
وقد تبدل الهمزة ألفاً وحقيقتها أن كلاً منهم مرضي بهيئة واحدة ويختارها أو أن الشريك الثاني
ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع الأول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحساناً
والقياس يأباها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً
عن الانتفاع بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهي المهايأة
بعينها وللحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي إذا طلب
بعض الشركاء إلى غيره ولم يطالب قسمة العين كما يجري في القسمة كما أن القسمة أقوى منها في استكمال

المنفعة لانه يجمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا
طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل
القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت احدهما ولا بموتهما ولانه لو
انتقض لاستأنفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايآ
في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في المتن والتهايؤ
في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افراز
لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين
وكذلك في حق الآخر ولهذا اشترط فيه التاقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالقرض فيلحق بالاجارة
ويشترط التاقيت قيل قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه
اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في
العقد ذلك وهذا ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان ذلك ايضا
والاولى ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترطا الاجارة في اول العقد
لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا
هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون في حيث المكان والاول متعين هاهنا
وان لم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز مكان معلوما فاذا كانت المهايأة
في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه حتى لا ينفرد
احدهما بنقض المهايأة ولو اطلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه
لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانها تكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا
النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة
بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه حتى لم يجوز بدون رضاهما لان المهايأة
قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت من كل وجه في الجنس المختلف
فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا
بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب ان يسكن جميع الدار شهرا
وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما مؤنة ولا ترجيح لاحدهما اذ التهايؤ في
المكان اعدل لاستوائهما في زمن الانتفاع من غير تقدم لاحدهما على الآخر وفي الزمان اكمل لان كلا
منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلابد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث
الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة **قال** ولو تهايآ في العبدين واضح وقوله وعند
ابي حنيفة لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنه وقوله وهكذا روي عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما
قال بعض المشايخ وقوله والاصح ان يقسم عنده ايضا قال الكرخي معنى قول ابي حنيفة ان
القاضي لا يقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع
وتعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت اوجه لبقاء قوله في الاصول بلا
تاويل وقوله ولو تهايآ فيهما واضح وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال
في دار واحدة وعدمه في عبد واحد ودابة واحدة وقوله فتفوت المعادلة لان الاستغلال انما
يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى
الجسمانية متناهية وقوله ولو زادت الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة وقوله في ظاهر

الرواية

الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة يعتبر بقسمة العين وهي عنده
في الدارين لا يجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى آخره وقوله
اعتبارا بالتهايؤ في المنافع يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال قوله لان التفاوت في اعيان
الرقيق اكثر منه اي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما كياسة
وحذق ولياقة فيحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ في استغلال
العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين اولى ان لا يجوز وعورض بان الامر معنى الافراز
والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه
فكان كالمهايأة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما
بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وقوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة
جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سنذكره بعد هذا ان المنافع لا
تبقى فتعذر قسمتها ولا ضرورة في القسمة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فتستغلانه على طريق الشركة ثم يقتسمان
ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل التهايؤ في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما
تتفاوت وعلله هاهنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك تواردت علتان مستقلتان على حكم واحد بالشخص وهو
باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت
جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله لان الظاهر وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله لان الظاهر وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في
الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الى آخره وقوله
ولو كان نخل او شجر الى آخره واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف معناها لغة
وشريعة فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع
باطلة وانما قيد بالثلث والربع ليتعين محل النزاع لانه لو نفي اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة
بالاجماع وقالا هي جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او
زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر هنالك للعمل في تحصيلها معنى لانه تخلل فعل فاعل
مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة ولابي حنيفة
ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه استئجار
ببعض ما يخرج منه من عمله فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون كقفيز الطحان
ولان الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة
او اقل منه او اكثر او معدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم
اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهو ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ
الكل جاز لانه عليه السلام ملكها غنيمة فكان ما تركه في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان
عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة وهو اي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث
حجة لمجوزيها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي
الى فرع هو نظيره وهاهنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى شرطت المدة فيها بخلاف المضاربة
قوله واذا فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل
وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان

كان مما ملكه صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى
والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العامل مضافا إلى الآمر وقوله كما فصلنا إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من
صاحب الأرض إلى آخره وقوله إلا أن الفتوى على قولهما واضح وقوله بيان المدة يريد به مدة يمكن خروج الزرع
فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة وكذا إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالبا لأنه
يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت وقوله لأنه أي عقد المزارعة عقد على منافع الأرض يعني
إذا كان البذر من قبل العامل أو منافع العامل إن كان البذر من قبل رب الأرض والمدة هي المعيار لها أي للمنافع
بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو أي المعقود عليه منافع الأرض إن كان البذر من قبل رب الأرض ففي الأول
العامل مستأجر للأرض وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالإعلام وقوله لما يقطع
هذه الشركة كان مفسدا للعقد لأنه إذا اشترط فيهما ما يقطع الشركة في الخارج بقي إجارة محضة والقياس يأبى
جواز الإجارة المحضة بأجرة معدومة وقوله بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الأجر معلوما إذ هو جزء من
الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى لأنه ربما يعطي بذرا لا يحصل الخارج
به إلا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط فرضا للرأي إلى الزارع إذا لم يفوض بعد أن
ينص على المزارعة فإنه مفوض إليه **قال** وهي عندهما على أربعة أوجه قوام المزارعة بأربعة أشياء
الأرض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم إما أن يكون الجمع لأحدهما أو لا والأول لا سبيل إليه لأن المزارعة شركة في الخارج
وإذا لم يكن من أحد الجانبين شيء لم يتصور الشركة فتعين الثاني وهو إما أن يكون بينهما بالنصف أو بأثلاث
الأكثر والأول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر أن تكون الأرض والبذر لواحد والبقر والعمل لآخر
وهو الوجه الأول في الكتاب وأن تكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لواحد وهو الوجه الرابع فيه
والثاني أيضا على وجهين أحدهما أن تكون الأرض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني والآخر أن يكون
العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة إلا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب
وسنوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه جائز أيضا واعلم أن
مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة وانعقادها على أن المزارعة تنعقد
إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استئجار ببعض الخارج
والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وإنما ورد
النص فيهما دون البذر والبقر أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فإنهم تعاملوا
اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا للأرض ببعض الخارج وأما في العامل ففعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل فإنهم ربما كانوا يشترطون البذر على رب الأرض فكان حينئذ مستأجرا
للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما على أصل القياس وكل ما كان من صور الجواز فهو
من قبيل استئجار الأرض والعامل ببعض الخارج لو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو
استئجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين
أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما
فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر فإذا
عرفت هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور فأما الأول فهو ما كان المشروط على أحدهما
شيئين متجانسين فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستئجار فجعل كأن
العامل استأجر الأرض أو رب ظاهر الرواية فيه فقط الأرض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث
مما فيه استئجار الأرض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لأن المشروط شيئان غير

متجانسين

متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الآخر
والفرع ووجه غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذا
إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر إذا اجتمع مع
الأرض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معها وكان استئجار العامل وإذا اجتمع الأرض والبقر
فلم يستتبعه وكذا في جانب الآخر فكان في كل من الجانبين معاوضة بين استئجار الأرض والعامل منصوص
عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف
القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك خلق الله لا مدخل له في ذلك
وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع
ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري وهما فاسدان وقد ذكرهما المصنف وجه ذلك وبقي عليه
إشكال وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر تسلمه ويستوجب عليه أجر مثل أرضه في
وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك
إن لم يخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر المثل في الوجهين
وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر
من آخر والأرض من آخر قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن
مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان
أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر لأنه نماء بذره ومعنى قوله
ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستوجب أجر الأرض وأعطى لصاحب العمل
كل يوم درهما لأن ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل والله أعلم
قال ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة معلومية مدة المزارعة شرط جوازها
لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض إلى آخره والأصل
في هذا أن كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لأن الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم
انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط فإذا انتفى فسدت وقوله وصار كما إذا شرط
دفع الخراج والأرض خراجية والخراج خراج وظيفة بأن يكون دراهم مسماة بحسب الخارج أو قفزانا
معلومة وأما إذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث والربع فإنه لا يفسد المزارعة
بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء
السيل ثم يسقى منه الأرض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب وقوله
اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين
تحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله والتبع يقوم بشرط الأصل يعني لما كان الأصل وهو الحب
مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعا للأصل وإن لم يذكرا فيه
الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الأصل وقوله لأنه حكم العقد يعني لو أنهما سكتا عن ذكر التبن كان لصاحب
البذر لأنه موجب العقد فإذا نصا عليه فإنما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان
وجود الشرط وعدمه سواء وأما إذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فإن استحقاقه له يكون بالشرط لأنه ليس
حكم العقد وذلك يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت
المزارعة فاسدة **قال** وإذا صحت المزارعة ◦ المزارعة إما أن تكون صحيحة أو فاسدة
فإن كانت صحيحة فإما أن أخرجت الأرض شيئا أو لم تخرج فإن أخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فإن

العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شيء للعامل لانه يستحق
شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة
اجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وانه لا يستحق غيره واستشكل بمن استأجر
رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة
قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع
قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم
الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين ان يخرج الارض وبين ان لا تخرج
في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج
لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل الارض
فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف
وقد مرت في الاجارات قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع معتبر لانه ذكر
في باب الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز
منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما
سمى ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد
لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط نحو هذا الذي ذكره في الاجارات نعلم ان عند محمد لا يبلغ
اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة والاحتطاب ثم ذكر
ههنا وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ الا ان قال وقد مرت في الاجارات وذلك يدل على ان
مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة تبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك واجيب بان هذه الاحالة
من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير
وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد
فاسد فيجب ردها وقد تعذر فصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط
له من الخارج او لا فهو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على
العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة بجواز ايراد عقد الاجارة
عليه والمزارعة اجارة معنى فينعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز
عما قال بعض اصحابنا القول لمحمد في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب
البذر ان المراد به ان يجب اجر المثل مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد
العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه **قوله** واذا
استحق رب الارض الى آخره واضح خلا انه محتاج الى الفارق بين حيث يطلب في منفعة الارض فاوجب
التصدق بالفضل وبين حيث يمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام المصنف اشارة الى ذلك حيث
قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا بالغا
فكان الخبث فاسدا فاوجب وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بذلك
المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في الارض وامطرت فكان ما يحصل به شبهة
الخبث فلم يورث وجوب ذلك **قال** واذا عقدت المزارعة في هذا بيان صفة عقد المزارعة
بكونه لازما او غير لازم في حال دون حال واما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم من الجانبين

فاوردتم

ليس

ليس لاحدهما فسخ الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من
جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر
في الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء
بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لان التزام اقامة العمل وهو قادر عليه والعقد لازم من جهته بمنزلة
الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده
الا ببيع الارض فيفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء
في عمل الكراب لان المأتي به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد
فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره في الاستعمال
واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة وقد مر الوجه في
الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل
بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للزارع فانه في
الزرع غير متعد لو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثتها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز
الحاق الضرر على غير المتعدي واليه اشار المصنف بقوله فلو كان دفعها ثلث سنين الى آخره واعلم انه اراد
بقوله واذا مات احد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع
او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر
جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولو مات رب
الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال
مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما سنذكره بعد هذا
قد حد الامر الى القاضي لحق صاحب الارض احوجه الى بيعها جاز الفسخ كالاجارة **قوله** وتفسخ والمسئلة
[illegible]
وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل
ما كرب الارض وحفر الانهار شيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا
انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو المذكور وقد ذكرناه
الارض فللعامل اجر مثل عمله
[illegible]
للعامل كان العقد واردا على منافع الاجير
باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالا الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما
يتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج واذا انعدم الخارج لم يجب شيء ثم الفسخ
بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو
ما نحن فيه وقد ظهر حكمه واما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى
يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التاخير وان كان اضرار بالغريم لكن التاخير اهون
من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في
ذلك والحبس جزاء الظالم ولم يذكر المصنف الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض
الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم
له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان البذر استهلاك فكان بمنزلة ما قبل البذر وقال

يقصهم له ذلك لان البذر استبقا وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملك
استهلاك ماله وكان للمزارع في الارض عين قايم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر اذا كان لصاحب
الارض لم يكن فيها مال العين حتى يكون ما نحن فيه وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية
قال واذا انقضت مدة الزراعة اذا انقضت مدة الزراعة والزرع لم يدرك بقي الزرع
وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر
مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها
بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك ولا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهو مؤنة الحفظ والسقي وكري
الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترى العاجز عن الكسب وقوله لان في تبقيه الزرع
دليل وجوب الاجر ووجه ذلك انا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان بقيناه بلا اجر
تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا
بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع فلا اجر ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه ايضا واضح واذا
انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متبرع لانه انفق على ملك الغير
بغير امره ولا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لانه يمكنه من الاستئذان من القاضي بمنع الاضطرار
ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ذلك
مكن منه وتخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز
اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع
عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فورد عليه بخلاف
المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما وجب عليه من اجر المثل فربما خاف ان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله
ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الى اخره وقوله
والمالك على الخيارات الثلاثة يعني المذكورة الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها
اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل
الى اخره **قال** وكذا اجرة الحصاد والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد
والرفاع بالفتح والكسر هو ان يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري
ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان يتوهم اختصاصها بذلك
فقال المصنف وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصور وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو
عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط ما ليس من اعمالها المزارعة على احد
المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة
لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج
فهو من اعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ودفعه الى البيدر اذا شرط شيء
منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف انها اذا شرطت
على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة هذا هو الاصح في ديارنا والمصنف
جعل الاعمال ثلاثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك قبل
القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما وهما ليسا
من اعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة قبل الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما
في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن الاخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة والمعاملة

فبان هذا

فبان هذا اي المساقاة ايضا على هذه الوجوه وقوله لانه مال مشترك سماه مشتركا بعد القسمة
باعتبار ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى ان نصيب كل واحد اذا كان معينا
في قرية يقال لهم شركاء في القرية

كتاب المساقاة

كان
من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي
صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما
شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة
الى المساقاة والمساقاة هي المعاملة بلغة المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع
الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام
في المزارعة وبه اخذ زفر رحمه الله وجائزة عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي
المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخل والكرم في ارض بيضاء تسقى
بماء النخل فيامر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب
ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحقاها بالمضاربة فجازت
منفكة عن المعاملة وادراك البزر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع
رطبة قد انتهى جوازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بزرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان
البزر مما يرغب فيه وحده لانه يتصور في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البزر له وقت معلوم عند
المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر معين والبزر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة يكون صحيحا والرطبة
لصاحبها. **وقوله** غير سا مداي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او
اصول رطبة على ان يقوم عليها مطلقا حتى يذهب اصولها وتنقطع نباتها وقوله واطلق في الرطبة يعني
لم يقل حتى تذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة حد فان كانت فهي جائزة كما لو
اطلق في النخل فانه ينصرف الى الثمر الاول وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا
بخلاف قوله لانه لا نهاية لما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخل والرطبة اذا شرط القيام
عليها حتى تذهب اصولها لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت
المسمى بتاويل المدة **قال** ويجوز المساقاة هذا بيان ما يجري فيه المساقاة وما لا يجري فيه
وخص الشافعي جوازها بما ورد فيه الاثر حديث خيبر وكان في النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة
وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان اثر خيبر خصهما لان اهلها يعملون في الاشجار
والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لا سيما على اصله فان بابه عنده اوسع
لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف ثابت بدليل التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف واما
نحن فانا لا نجوزه بالعلة القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول وموضعه
اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة
الى ما ذكره في المزارعة بقوله واذا عقدت فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الى اخره والحاصل
ان المساقاة لم تشتمل على ضرر وكان لازما من جهتهما لم يعذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الا بيعه
الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم يرد به الشرع لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل
بعض الخارج قوله واذا فسدت المساقاة واضح **وقوله** والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه حتى
الاستحسان ابقاء للعقد دفعا للضرر عنه ولا شيء في القياس فقد انقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين
ورثته صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرطا انصافا لان صاحب الارض استاجر العامل ببعض

الخارج والاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين والثاني واضح ملزوما ذكرنا نظيره في المزارعة وقوله
وهذه خلافة في حق مالي جواب عما يقال كان للورثة الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط
الخيار وهو واضح وقوله والخارج بينهما نصفين [illegible] سواء والعامل [illegible]
عملا كان كالعامل [illegible] استحسانا [illegible] الخيارات الثلاثة [illegible]
في هذه [illegible] اذا انقضت مدة المزارعة [illegible] الارض يجوز استحسانا وكذلك العمل كله على العامل [illegible]
مما ذكرناه [illegible] **قال** وتفسخ بالاعذار لما بيناه في الاجارات [illegible]
بالاعذار لما بيناه في الاجارات يريد به قوله لنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر
في الاجارة كالعيب قبل القبض [illegible] وقد بينا وجوه العذر فيها اي في الاجارة وكلامه واضح وقوله
[illegible] يعني في كون ترك العمل عذرا [illegible] لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم
لا يفسخ الا من عذر [illegible] الاخرى عذر [illegible]
ترك ذلك العمل كان عذرا [illegible] فعليه ان يستخلف غيره فلا
يكون ترك العمل عذرا [illegible] ومن دفع ارضا بيضاء [illegible]
يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك [illegible]
[illegible] وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى
قفيز الطحان [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
لا مجانسة بينهما وبين عمل العامل لانه يتقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف
في كفاية المنتهى وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراء جميع الغراس بنصف
ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة
عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف وهذا معنى المذكور في الهداية اصحهما لانه نظير من
استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ في ان الغراس كالصبغ والارض
كالثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الاشياء متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة
يلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله والله تعالى اعلم

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الانتفاع في الحال فان الزراعة انما تكون بالقاء
الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبائح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد
ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان
وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا نظن به
انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان
يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان يأكل ذبائح اهل الكتاب
وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بحرمته فلا يرد الشرع باباحته الا
عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله
نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم لما فيه الم لهم والذكاة الذبح واصل تركيب الذكاة يدل

على التمام

على التمام

ومنه ذكاء الفتى بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ويعني قوله الذكاة شرط حل الذبح
شرط اكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الى اخره استثنى
من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا
بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا
وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالمذكاة فلا بد منها لتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما
بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل في المأكول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة
ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها يعني انها
اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب وهي معنى الذكاة اختيارية
كالجرح فيما بين اللبة وهي الصدر واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن وقوله
والثاني كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجد
امارة البدلية فقال كالبدل ومن شرطه اي شرط الذبح ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا
كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير
والمسيح لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا خارج الحرم كما يجيء **قال**
وذبيحة المسلم والكتابي حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتى به مذبوحا
واما اذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله وقوله لما تلونا اشارة
الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد
والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال
البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك
لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر فان
التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل معنى يعقل لفظ
التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة يعني يقدر على الذبح ويضبط اي يعلم شرائط
الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا او مجنونا قال في النهاية اي معتوها
لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني
قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل اراد به
الاثنين المذكورين وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد
الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولى ان يجعل اشارة الى الاية وقوله ولان به يعني الذبح
النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس فانه يقول
شهادة الاقلف وذبيحته لا يجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم كذا ظاهر وقوله لان الشرط قيام
الملة فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في معنى
العلة وقوله ولا يؤكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه يريد به من
اديان اهل الكتاب اما اذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته **قال** وان ترك الذابح التسمية عمدا عند
الذبح اختيارا او اضطرارا عامدا او ناسيا فالشافعي يقول بالجواز ومالك يقول
العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل استدل الشافعي
بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم ولان التسمية لو عدمها والشرط
لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان سلمنا انها شرط لكن

الملة أقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان
دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بأنا لا نسلم الملازمة
فإنها تفضي إلى العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسي هيئة
مذكورة كالأكل في الصلاة والجماع في الإحرام وههنا لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل
للذابح عند ذبح الحيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكورة بموجودة ولما يلزم أن يمنع بطلان
الناسي أيضا على مذهب مالك وعن الترك بما ذكره في الكتاب يعني أن إقامة الملة مقام التسمية
في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له وأما ما شنع به المصنف بقوله ما ذهب
إليه الشافعي مخالفا للإجماع فواضح واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم
الله عليه فإن فيه النهي مبالغ وجه وهو توكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو بإطلاقه
يقتضي الحرمة من غير فصل وهو أقرب لأنه أحكم من مذهب الشافعي لأنه مذهب ابن عمر رضي الله عنه والجواب
أنه غير مجري على ظاهره إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول
لأن ظاهر ما يدل عليه الألفاظ لا يخفى على أهل اللسان وفي ذلك أيضا من الحرج ما لا يخفى إذ الإنسان كثير
النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض
ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد
به الذكر حالة الذبح لا غير وحمله على يدل على أن المراد به الذكر باللسان لأنه يقال ذكر عليه إذا ذكر
باللسان وذكره إذا ذكره بالقلب وقوله ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد وتأكيد
العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان
أو ناسيا إلا أن الشرع جعل الناسي لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام
الذكر دفعا للحرج كما أقام الأكل ناسيا مقام الإمساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية
واسع وقد قررناه في الأنوار والتقرير والإجماع وهو ما بيناه يريد به في التشنيع بقوله فإنه لا خلاف
فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا إلى آخره
والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فإنه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدي عما إذا وجد
مع كلبه كلبا آخر فقال لا تأكلوا فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك
التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي
والكلب وعند الرمي لكنها ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط
عند الإرسال والرمي وهي على الآلة لأن الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الأول
الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة
قال ويكره أن يذكر مع اسم الله شيئا غيره المسائل المذكورة ظاهرة وقوله ومحمد
رسول الله بكسر الدال يشير إلى أنه لو قال بغير مكسور لا يحرم فقيل هذا إذا كان لا يعرف النحو وقال
التمرتاشي إن خفضه لم يحل لأنه يصير ذابحا بهما وإن رفعه حل لأنه كلام مبتدأ وإن نصبه
اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة
ونحوها لا يحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح إشارة إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به ولو قال
سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف والفرق لأبي يوسف بين هذا وبين التكبير أن
المأمور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أي قائمات صففن أيديهن
وأرجلهن وهناك التكبير بهذه الألفاظ لا يكون مكبرا ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله

لاجل

لا يحل في أصح الروايتين والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب إذا عطس يوم الجمعة على المنبر
وقال الحمد لله يجوز أن يصلي الجمعة على ذلك في إحدى الروايتين عنه بأن المأمور هناك ذكر
الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا إلى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح والذبح بين الحلق واللبة وفي
الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله وأتى بلفظ الجامع الصغير لأن
فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لأن في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس
بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للإمام الرستغفني في حل ما تقع عقدة الحلقوم مما يلي
الصدر ورواية المبسوط تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم
لا يحل وكذلك فتاوى أهل سمرقند لأنه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولأن ما
بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل
سواء ولا معتبر بالعقدة **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة العروق التي تقطع في الذكاة
أربعة الحلقوم والمري والودجان واختلف العلماء في شرائط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي
ذهب
إلى الاكتفاء بالحلقوم والمري ومالك إلى اشتراط قطع الحلقوم والمري وإحدى الودجين ورجع
إليه بعد ما كان يقول لقول أبي حنيفة كما نذكره وذكر القدوري أن قول محمد أيضا وقال المصنف المشهور
في كتب مشايخنا أن هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية
عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة رحمه الله فقد اكتفى بقطع الثلث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وأن يقطع
قطع الجميع أولى وهو وجه رابع والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم افر الأوداج بما شئت
والفري القطع للإصلاح والإفراء القطع للإفساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعد هذا لورود
الأمر بفريه احتج الشافعي بأن جميع الأوداج وما ثمة إلا الودجان فدل على المقصود إنما ما يحصل به زهوق
الروح وهو بقطع الحلقوم والمري أصلا وأما المعنى فلأن المقصود إزالة الدم النجس وهو إنما يحصل
بقطع مجراه واحتج رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه فإن الأوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول
المري والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وجوابه
يجيء واحتج أبو يوسف بأن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر إذ كل منهما
مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المري فإن المري مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في
بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب وجوابه يجيء واحتج محمد رحمه الله بأن كل فرد
منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه والأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام
وأي ثلث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح
والتوجيه إلى التعجيل في إخراج الروح لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام وحصل بهذا جواب
أبي يوسف وبقوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به عن زيادة التعذيب جواب مالك رحمه الله
لا يقال الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام وليس ثمة معهود فينصرف إلى الواحد كما في قوله تعالى
لا يحل لك النساء لأن ما نحن فيه ليس أفراده حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك وقوله
بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق قيل يعني أكثر المرخص عنه وهو الثلاثة فإن الاثنين
لما كانا باقيين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي
حكم الأكثر وكأنه لم يقطع شيئا وربما لوح إلى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة **قال**
ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوع وعن جابر مكروه وأكل الذبيح بها لا بأس به وقال الشا

هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة واستثناهما
بالاطلاق عما يجوز اطلق فيتناول الحرمة المنزوع والقائم ولان الذكاة فعل مشروع وانهار الدم بهما ظاهرا
غير مشروع فلا يكون ذكاة لغير المنزوع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج
بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه
دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام فانهما مدى الحبشة فانهم يفعلون بالاظفار ويجد دون الاسنان
ويقاتلون بالخدش والعض هذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع وقوله ولانه آلة جارحة جواب
عن دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه آلة كل واحد
منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديدة والسكين والكلام في باقي
كلامه ظاهر سوى الفاظ يفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة
الى قوله لا يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد اردت ان تميتها موتات قبل
انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان تحديد الذبيحة وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع
كونه سودات ساقطة لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه المعرفة الكتاب وما تحت
فيه ليس منها والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيها فسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه
صاحب النهاية الى السهو وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب
من عظام واعصاب وعروق واوتار وما ثمة شيء يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المصنف الاصل الجامع في افادة
معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة **قال** وما استأنس من الصيد فذ
مر ان الذبح الاضطراري بدل على الاختيار ولا يصار الى الاول قبل العجز عن الثاني وهذا مخرج ما ذكر
في الكتاب وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقال مالك لا يحل به
الاكل بذكاة الاضطرار في الوحشي يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له قلنا
لا نسلم الندرة ولئن كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق قوله في الكتاب ويريد الفقه وبقي كلامه واضح
والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره
الثاني والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله لمعنى في غيره اي في الذبح وهو ترك السنة
وقوله اشعر معناه يثبت شعره مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث الذي
استدلا به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روي ذكاة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا انكار
انه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول لعرف ذلك في علم البيان قيل
وما يدل على ذلك تقديم ذكره الجنين كما في قوله ⁂ وعيناك عيناها ⁂ وجيدك جيدها ⁂
سوى ان عظم الساق منك دقيق ⁂ **فصل** ذكر هذا الفصل عقيب
الذبائح لان المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر
اوصاف السبع ليبني على ذلك قوله لئلا يتعدى شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق بين
الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط
فالمراد بذي المخلب ما يخطف بمخلبه من الهوى كالبازي والعقاب ومن ذي الناب ما ينتهب بنابه من
الارض كالاسد والذئب وقوله ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لكل منهما نابا يقاتل به فلا يؤكل لحمهما كالذئب
فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع اصيد
هو فقال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال نعم فقيل شيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم
ولا تكون حجة اجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر اذ صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ نحو

تعالى

تعالى ويحرم عليهم الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طائر ابلق يشبه النسر في الخلقة والنعاب
ما يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا ياكل
الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا ياكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي ياكل الجيف وانه
مكروه ونوع يخلط ياكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي يوسف
قوله وكذا الغداف وهو غراب الغيط لا يؤكل واصل ذلك ان ما ياكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون
خبيثا عادة وما ياكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق ولا باس باكله عند ابي حنيفة وهو
الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله
ويدخل فيه الضبع يعني انه ذو ناب وقوله وهو حجة على الشافعي يعني نهي النبي صلى الله عليه وسلم وانه
ثابت الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام
قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنه قال الضب على مائدة رسول
الله صلى الله عليه وسلم وفي الاكلين ابو بكر رضي الله عنهم اجيب بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا
ترجح الحاظر على ان المبيح مأول بما قبل التحريم ولا يؤكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي
الى اباحته ونقل ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه تمسكا بما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن ذلك فتلت قوله
تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وبحديث غالب بن ابجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق
من مالي الا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك واسنده لا يحل اكل الوحشي وهو ضعيف اما الاية
فلجواز ان يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها
واما الحديث فلانه مأول باكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه
والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس **قال** ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة
كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكم لا يترك الامتنان باعلى وتمن بادناها بانه ترك ذكر الحمل عليه
فينبغي ان لا يحل والحمل عليه ومن فاسد فان الكلام في ان اعلى النعم والذها الى ما دونه دليل حرمة الاعلى
والحمل ليس كذلك وقوله والاول يعني كونه الكراهة للتحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف سئل ابا حنيفة اذا قلت
في شيء اكرهه فما رايك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي
عنه فانه روي رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال
اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك واضح
والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا والمراد به من السمك الطافي هو الذي يموت
في الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو او الجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله والحجة عليه
ما روينا يعني قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الى اخره وقوله ويتبنى عليه فروع كثيرة بينها
في كفاية المنتهى منها انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها
طير الماء او غيره وكذلك ان ماتت تحت جمد الماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا يستطيع
الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فمتن فيها لذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها
لانه لم يحاسب واذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا يقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء لتاكل
فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو في معنى ما انحسر عنها الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر
عنه الماء فكل وقوله في الموت بالحر والبرد روايتان احدهما انها تؤكل لانه ما ماتت بسبب حادث فكما لو
القاه على اليبس والاخرى انها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليسا من اسباب
الموت في العادة واطلق القدوري الروايتين ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة

رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد يحل

كتاب الأضحية

أورد الأضحية عقيب الذبائح لأن التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والأضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحى وهي أفعولة وكان أصلها أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء وكسرت الحاء لأجل الياء وتجمع على أضاحي بتشديد الياء قال الأصمعي وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا وأضحاة وجمعه أضحى كأرطاة وأرطى وقال الفراء الأضحى يذكر ويؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص وهو يوم الأضحى وشرائطها ستذكر في أثناء الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به إذ الأصل في إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا قال فتكرر بتكرره كما عرف في الأصول ثم قال ثم إن الأضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب إلى حكمه فقال يوم الأضحى كما قالوا يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لأن الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة كان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من إقامتها ملك قيمة ما يصلح للأضحية ولم يجب إلا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لأن القربة المالية قد تحصل بالإتلاف كالإعتاق والمضحي إن تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التمليك والإتلاف بإراقة الدم وإن لم يتصدق حصل الأخير وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول إلى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى **قال** الأضحية واجبة كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في القرب المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فإنهما يختلفان فيهما لأن المسافر تلحقه المشقة في أدائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام ثم نسخ قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فإن ترك السنة أصلا حرام فتجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله لأن الاختصاص ظاهر وقوله وهو أي الاختصاص بالوجود لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس لجواز أن يجمع الناس على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب أفضى له لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب أي بشرائط تشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها وفي معنى وقد يعسر له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في البحث ألا ترى أن جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الأضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الأضحية وهو أقوى حرجا من ثمن الماء وقوله والمراد بالإرادة جواب عما استدلوا به من قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم فكان معنى قوله عليه السلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتطهر **وقوله** والعتيرة جواب عما استشهد وأبطأ وقوله على ما قيل يشير إلى أن في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في الإيضاح أنها عبارة عن شاة إذا ولدت الناقة أو الشاة ذبح أول ولدها فأكل وأطعم وهي منسوخة بالأضحية وعورض بقوله عليه السلام كتب على الأضحية ولم يكتب

عليكم

عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم وبأن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنها غير فرض وأنها واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الإلزام فإن قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فإنها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بأنهما كانا لا يضحيان في حالة الإعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله وإنما اختص الوجوب بالحرية بيان للشروط المذكورة في أول الباب وقوله لما بينا إشارة إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب تشق على المسافر استحضارها وقوله لما روينا إشارة إلى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله سيبين مقداره أي مقدار الوقت **وقوله** يضحي عن ولده يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا إذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها لا تجب عليه وقوله والأصح أنه يضحي من ماله أي من مال الصغير ويأكل أي الصغير التي من ماله ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الإسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد وقيل ذلك يصح في جلد الأضحية من غير خلاف أحد وأما في لحمها فليس له إلا أن يطعم أو يأكل **قال** ويذبح عن كل واحد منهم شاة كلامه واضح قوله وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الآخر أيضا وقوله يجوز في الأصح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه لا يجوز لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الأضحية وإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي ووجه الأصح ما ذكره في الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد وقوله إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للخلاف وقوله اعتبارا بالبيع لأن في القسمة معنى التمليك فلم يجز بالزيادة عند وجود القدر والجنس وقوله وقد أمكن يعني دفع الحرج لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس وقوله لما بينا أراد به قوله لأنه أعدها للقربة فيمتنع عن بيعها إلى آخره وقوله لما رويناه حجة على مالك والشافعي إشارة إلى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فإنه بإطلاقه يتناول ما قبل خروج الإمام وما بعده وقوله ومن ضحى بعد ما صلى أهل المسجد معناه أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رضي الله عنه حين قدم الكوفة وقوله أجزأه استحسانا يشير إلى أنه لا يجوز قياسا لأن اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله وقيل هو جائز أي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون والعيد الذي هو الخروج إلى الجبانة وأهل الجبانة هم الأصل فقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة في ثلاثة أيام كلامه واضح قوله ويجوز الذبح في لياليها أي في ليالي أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا الليلة الرابع من يوم النحر لأن وقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثالث عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وإنما جازت في الليل لأن الليالي تبع للأيام وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله والتضحية فيها أي في أيام النحر أفضل من التصدق بثمن الأضحية أما في حق الموسر فلأنها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قولي أبي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلأن فيها جمعا بين التقرب بإراقة الدم والتصدق والإراقة تفوت بفوات هذه الأيام ولا شك أن الجمع بين

القربة بنية أفضل وهذا الدليل للمعنى والفقير وتشبيهه بالصلوة والطواف ظاهر فإن الطواف في حق الآفاقي لغرابته أفضل من صلوة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فإن الصلوة في حقه أفضل ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه بأن عين شاة فقال لله علي أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا أو غنيا أو كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الأضحية تصدق بها حية وإن لم يكن من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة على الغني عينها أو لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية الأضحية عندنا فإذا فات وقت التقرب بالإراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين أو القيمة إخراجا له عن العهدة كالجمعة يقضى بعد فوتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء بجنس خلاف جنس الأداء ولا يضحى بالعمياء ولا العوراء هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب واليسير ما لا أثر له في لحمها وللعوراء أثر في ذلك لأنها لا تبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وقلة العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها ما لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وإنما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي أو مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضحة. **قوله** وقيل معناه قولي قريب من قولك أي قولي الأول وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه أقرب إلى قولك الذي هو الأكثر من النصف إذا بقي أجزاءه بالنسبة إلى قول من يقول إن الربع والثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد روايتان وقد تقدم ذلك في الكفاية العضوي في أول الكتاب وقوله لأن القرن لا يتعلق به مقصود ألا ترى أن الأضحية بالإبل جائزة ولا قرن لها والكبش الأملح وهي ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعرات سود والوجاء نوع من الخصاء وهو أن يرض العروق من غير إخراج الخصيتين وقوله فتعينت يعني هذه الشاة المشتراة للأضحية به وقوله كما في نصاب الزكوة فإنه إذا انتقص بعد وجوب الزكوة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه رب المال لأن انتقاصه لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فإذا هلك المال يفوت الوجوب وعلى هذا الأصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس في قوله وعلى الفقير ذبحها لأن الوجوب عليه بالشراء وقد تعينت وهذا الذي ذكره من الأصل يوافق ما ذكر شيخ الإسلام أن المشتري إن كان موسرا لا يصير واجبا بالشراء بنية الأضحية باتفاق الروايات وإن كان معسرا ففي ظاهر رواية أصحابنا تجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله فانكسر رجلها من باب ذكر الخاص وإرادة العام فإنه إذا أصابها عيب عن الاضطراب بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كان الحكم كذلك وإنما قال الإجزاء بالاستحسان لأن وجه القياس بخلافه لأن تأدي الواجب بالتضحية لا بالإضجاع وهي معيبة عند ما فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله لأنه حصل بمقدمات الذبح دليل محمد ودليل أبي يوسف أن العيب لما انقطع خرج الفعل الذي تعيبت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح وحدث بعد العيب فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر. **قال** والأضحية من الإبل والبقر والغنم واضح وقد يقول به في مذهب الفقهاء لأنه عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا في النهاية وقوله لأنها هي الأصلية التبعية لا تجزؤها ولهذا يتبعها في الرق والحرية وهذا لأن المتصل من الحامل هو للأم وأنه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الأم هو الحيوان وهو محل له فاعتبرناها قوله لكن من شرطه أن يكون نية الكل القربة لأن النص على خلاف القياس في ذلك فإن قيل النص ورد في الأضحية فلم جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالأضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول لما كان

دال

الجهات

الجهات قربة باعتبار معناها من حيث كونها قربة فجاز الاتحاد بخلاف ما إذا كان بعضها غير قربة فإنه تغير في معناها وإذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزي وقوله لما بينا أنه قربة يشير إلى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لأن الإراقة لا تتجزى وبعض الإراقة وقع نفلا أو لحما فصار الكل كذلك ولم يعكس لأن الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والإراقة قد تصير القربة مع نية القربة إذا لم تصادف محلها أو كانت في غير وقت الأضحية والإراقة للحم لا تصير قربة بحال قال والله أعلم

قال ويأكل من لحم الأضحية أما أن تكون منذورة أو لا فإن كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وإن كان الأول فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئا ولا أن يطعم الأغنياء لأن سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فعليه قيمة ما أكل وقوله لما روينا يعني قوله عليه السلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع والمعتر هو الذي يعترض للسؤال ولا يسأل وقوله كالجل بالجيم المعجمة والمهملة والأبازير التوابل جمع ابزار بالفتح وقوله في الصحيح احتراز عما قيل إنه ليس له في اللحم إلا الأكل والإطعام فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الإسلام أن اللحم بمنزلة الجلد إن باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد أنه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله لأن القربة انتقلت إلى بدله لأن تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق إلا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله لأنه في معنى البيع لأن كل واحد عقد معاوضة قوله من ذبحها كل ذنب تمام الحديث إنما إنه يجاد بها فتوضع في ميزانك سبعين ضعفا فقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين فقال عليه السلام لأهل محمد خاصة وللمسلمين خاصة وقوله حتى وجب عليه أن يضحي بعينها في أيام النحر فيما إذا كان المضحي فقيرا أو بكره أن يبدل بها غيرها أي ما إذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي وقوله فصار كما لو باع أضحية يعني أنه لو باع أضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها غير أنقص من الأول تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله وقوله ومن تلف لحم أضحية غيره متصل بقوله وإن تشاحا يعني وإن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لأنه ملكها سابق الغصب فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي للتصحيح لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالإراقة والإراقة فيه فاتت لأنها عبارة عن فعل المضحي لأنا نقول الإراقة ليست من المملوك لأنها ليست صفة للشاة ليصح أن يقال يظهر الاستناد فيها إذ لا يظهر فإن الملك يثبت في الشاة المذبوحة ويستند إلى وقت الغصب فتكون الإراقة والتضحية واقعة على ملكه

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحد لم يخل من أصل أو فرع فيه الكراهية ألا ترى أن في وقت الأضحية من ليالي أيام النحر وفي التصرف في الأضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفي إقامة غيره مقامه كيف ما تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهة أيضا كذلك وقوله واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا فلا بأس به وأكل لحمه محرم مع أن لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يخلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لأن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه حلالا لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم إنما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل إذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب على هذا هو المحفوظ من الثقات وقوله لأنه في معناه أي لأن الادهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لأن كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل

صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس واليد لا يكره قال صاحب النهاية كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فإن الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات المضبب المشد بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمجمر المبخرة والثفر ما يجعل تحت ذنب الدابة ولابي حنيفة رحمه الله أنه تابع ولا معتبر بالتوابع حكي أن هذه المسئلة وقعت في دار ابي جعفر الدوانقي بحضرة ابي حنيفة وائمة عصره رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابي حنيفة ما يقول فقال إن وضع فمه على الفضة يكره وإلا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال أرأيت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فتوقف الكل وتعجب أبو جعفر **قال** ومن أرسل أجيرا له مجوسيا وقوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مترجحة على الحل دائما وأتى برواية الجامع الصغير لان الهداية فيها نفس الجارية وقوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء قوله ولا يقبل فيها اي في العبادات قول المستور وقوله تحريا على مذهب التجوز القضاء به يعني اذا لم يظهر الخصم وظاهر الرواية أصح لانه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة وقوله تحريا على مذهب أنه يجوز القضاء به يعني اذا لم يظهر الخصم حتى يعتبر فيهما اي في الفاسق والمستور اذا اخبر بنجاسة الماء اكبر الرأي وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان خبر هؤلاء في أمور الدين حجة اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير قوله لما ذكرناه اشارة الى الهدية والاذن وقوله فإن كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به يعني حتما لان الاحتياط في التيمم بعد الوضوء ان لم يترجح احد الوجهين قبل الاصل الطهارة وقوله اما التحري فمجرد ظن فيه احتمال الخطأ وقوله ومنها اي من الديانات الحل والحرمة يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيهما قول العدل فلا يحل الاكل والاطعام لانهما حق الله تعالى فثبت بحرمة الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا اخبر رجل او امرأة عدل الزوجين بانهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لا بد من شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اي قول المجوسي في الحل اولى ان يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا اجيب بان ذلك ضمني وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا **قال** ومن دعي الى وليمة او طعام قيل الوليمة طعام العرس والعنا بالكسر المسماة وقوله كالصلوة الجنازة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بان السنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا بقوله عليه السلام من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المائدة ينبغي ان لا يقعد يشير الى ان ما تقدم انما هو اذا كان المعنى في ذلك المنزل ولم يكن لانه لم يدخل تحت الحجة واما اذا كان على المائدة فكان قاعدا مع القوم الظالمين **وقوله** ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها

حرام لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغنا فوجدته اي اللعب والغنا وهو اللهو حرام لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وقوله يضربون القضيب عني به خشب الحادي وقوله وكذا قول ابي حنيفة معطوف على قوله المسئلة

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه **قال** ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء لحديث آخر فان قيل الحديث الدال على حله اما ان يكون قبل الاول فينفسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه يعلم بدليل استعمال من ابتداء من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك انه قاطع على تاخره فينتسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى حالتين فمن اين العموم اجيب بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة وقوله وقالا لا تكره يعني الرجل والمرأة جميعا خلاف اللبس وقوله لهما العمومات يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لما اعرضت قال لاني ارى عليكم ثياب اهل النار والمرفقة تكبر المتكبر ووسادة الاكاسرة وقوله والجامع كونه نوع تجبر يريد به المستعمل أن يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة منه ليرغب في تحصيل ما يوصله اليه **وقوله** لا فصل فيما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقوله والخز مسدى بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وجملة وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا بأس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهي ايقاع الهيبة في عين العدو لبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة وروى هشام عن محمد انه كان يرى بالناس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم وابو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته اربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده **قال** ولا يجوز للرجال • لا يجوز للرجال التحلي بالذهب من قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله قل من حرم زينة الله لانه ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الائمة بالقبول فجاز التقييد به وقوله وقد جاء في اباحة ذلك آثار وهو ما روي انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة

ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال رسول الله آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده عليه السلام إلى أن توفي ثم كان في يد أبي بكر إلى أن توفي ثم في يد عمر إلى أن توفي ثم كان في يد عثمان حتى وقع من يده في البئر فأنفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأتى بلفظ الجامع الصغير لأداة الحصر فيه ومن الناس من أطلق منهم شمس الأئمة السرخسي فقال الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه حجر إذ ليس بثقل الحجر وإطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه وقوله لما روينا إشارة إلى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روى البراء بن عازب أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النهي عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعلا للعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم من ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله ويجعل الفص إلى باطن كفه لأنه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله وعن أبي حنيفة هكذا يوسف مثل قول كل منهما يعني اختلف المشايخ في قول أبي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع قول أبي حنيفة هكذا ذكره الكرخي وذكر في الأمالي مع قول محمد والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كان عنده وقعة لهم وقوله وهو الصحيح لأن عامة المسلمين استعملوا ذلك في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الأوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمد إلى شجر فعقد له رتما فيشد بعض أغصانه ببعض فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم يخن امرأتي وإن أصابه وقد انحل قال خانتني هذا المروي عن الثقات إلا أن اللبث وكذا الذي بمعنى الرتيمة وهو خيط التذكرة يعقد بالإصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر إذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب بمعنى الهدر واللعب

فصل في الوطء والنظر والمس

مسائل النظر أربع نظر الرجل إلى المرأة ونظرها إليه ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والأول على أربعة أقسام نظره إلى الأجنبية الحرة ونظره إلى من تحل له من الزوجة والأمة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير **قال** ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية القياس أن لا يجوز أن ينظر إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها وإليه أشار قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله إلا إلى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس رضي الله عنهم بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما وقوله ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والآنك الرصاص وقوله فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك يعني بالثانية أن يبصرها عن تعمد وقوله أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما أي يوفق قاله للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن يتزوج

امرأة

امرأة والخافضة للجارية كالخاتن للغلام يعني أن الخافضة والختان ينظران إلى العورة لأجل الضرورة لأن الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن ينظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة يجوز للمرض وللهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن أبي يوسف وإذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر إلى موضعه **قال** وينظر الرجل هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة يعني به سعد بن معاذ المروزي أن السرة أحد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على أبي عصمة غير مستقيم على قول من يقول إن الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لأن المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لأبي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي أيضا لأنها الغاية فإنها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لأهل الظاهر فإنهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوآتهما والمراد به العورة وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه على العادة قوله لأنه لا معتبر بها أي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة وقوله وقد روى أبو هريرة جواب عن قول أبي عصمة والشافعي ودليل على كون الركبة عورة وقوله وأبدى الحسن بن علي جواب عن قول أبي عصمة والشافعي وقوله وقوله عليه السلام الفخذ عورة جواب عن قول أهل الظاهر وقوله ولأن الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر وقوله لأنهما أي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله ووجه هذا الفرق فرق ما ذكر في الأصل من جعل عدم نظرها إليه مستحبا وعدم نظره إليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وعليهما غلبة الظن لا حقيقتهما وأن أبا حنيفة جوز الصلاة في السفينة قاعدا لأن دوران الرأس فيها غالب وإذا كان كذلك وإذا نظر الرجل إليها مشتهيا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لأنه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة وإذا نظرت إليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لأن الفرض أنه لم ينظر ولا اعتبارا لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة **قال** وتنظر المرأة من المرأة هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر إليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق من الجانبين كما في نظر الرجل إلى الرجل والضرورة إلى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية أي في الحمام وهذا دليل على أنهن لا يمنعن عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لأن العرف الظاهر في جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجل لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الأنهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك إلى هذا أشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل إلى محارمه يعني لا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف والأول أصح لأن نظر الجنس أخف **قال** وينظر الرجل من أمته هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل إلى المرأة والتسامح في عبارة الترتيب في كلام المصنف ظاهر وهو وقد

بقوله من امته التي تحل له لان حكم امة الجنسية والتي هي اخته من الرضاعة حكم امة الغير في النظر لان اباحة
النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطي فينتفي بانتفائه والغير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان الاهلي
نوع سيء من الاقباحة والنفر وقد قيل هو الاهلي ايضا وهو قول ابن عمر رضي الله عنه الاولى ان ينظر وقت
الوقاع روي عن ابي يوسف عن الامالي قال سالت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امراته وتمس هي فرجه ليتحرك
عليها هل ترى بذلك باسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر **قال** وينظر الرجل من ذوات محارمه
هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين من ذوات
محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي في القديم لا باس بذلك جعل حالها كحال الجنس
في النظر وهو محجوج بعلم الظهار فانه ثابت اذا قال لامراته انت علي كظهر امي فلو كان النظر اليه حلالا
لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز
ما لم يجز على تاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة ذكر الحال
وارادة المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداءها لما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المتصل
اذا كان منهيا عنه اولى وذلك لقوله تعالى ولا تقل لهما اف في حرمة تعرض محلها وقوله وهي ما ذكر في الكتاب
يريد به الوجه الى اخره ويدخل في ذلك اي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق
والقدم كل ذلك موضع الزينة اما الراس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع
القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار
والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن
لانها ليست من مواضع الزينة وباقي كلامه واضح وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه اي في المحرم
وقوله في الاصح متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا قال
لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة
لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤمن ثانيا والاصح انه لا باس بذلك لما بينا انها محرمة عليه على التابيد ولا وجه
لقوله بثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه ولا باس بان يمس ما
جاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وقوع
الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله ولا باس وكلمة فوق في قوله عليه السلام فوق ثلاثة
ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة ايام ايضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت
المسافرة بهن جازت الخلوة لان في المسافرة خلوة قوله تعالى فان احتاج الاركاب اي اركاب ذوات المحارم
والاصل في ذلك ان لا يجوز النظر اليه لان مس فوق النظر اليه لان مس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يقبل راس فاطمة رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس
مع الانتفاء عن الشهوة ما امكن **قال** وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا اخر الاقسام من ذلك
وكلامه واضح وقوله علاها وقوله علاها اي ضرب علاوها اي راسها بالدرة وقوله خلافا لما يقوله
محمد بن مقاتل انه يباح الا ان ما دون السرة الى الركبة وحجته ما روي عن ابن عباس انه قال من اراد
ان يشتري جارية فلينظر اليها الا الى المئزر تعامل اهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب
وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها يعني اذا امن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ
فيه فمنهم من قال يحل واعتبارها بالمحارم واليه مال شمس الائمة وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم
وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد الضرورة فيهن يعني التي لا بد منها وفي المحارم مجرد الحاجة اي
نفس الحاجة لا الضرورة وقوله ولا باس بان يمس ذلك اي المواضع التي يجوز النظر اليها اذا اراد الشراء

وان خاف ان يشتهي كذا في المختصر واطلق في الجامع الصغير فقال رجل واراد ان يشتري جارية لا باس
بان يمس ساقيها وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقيها مكشوفين والباقي واضح وقوله وكذا
المخنث في الردي من الافعال يعني من يمكن غيره من نفسه احتراز عن المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر
باصل الخلقة ولا يشتهي النساء فانه رخص بعض مشايخنا في تركه مثله مع النساء استدلالا بقوله
تعالى والتابعين غير اولي الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب
الذي جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء انما همه بطنه اذا كان شيخا كبيرا ماتت
شهوته والاصح ان يقول قوله تعالى او التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من
ابصارهم محكم فناخذ به واليه اشار المصنف بقوله فالحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل
الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء اي لم يطلعوا اي لا
يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح وقوله والمراد بالنص قوله
تعالى وما ملكت ايمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي به قال سعيد اي سعيد بن المسيب وسعيد
ابن جبير قال في النهاية اطلق السعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيد بن الحسن وغيرهما سمرة بن جندب
لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمومنين
يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر الاماء
الى سيدتهن فلو حملت هذه الاية على الاماء لزم التكرار وبان الاماء لو لم يكن مرادة من قوله تعالى او
نسائهن وجب ان لا يكون مرادة من قوله او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع
الاشكال ولا يشكل على احد ان للامة ان تنظر الى سيدتها بمعنى كالاجنبيات والملك ان لم يزد توسعة فلا اقل
ان لا يزيد تضييقا واجيب عن الاول بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمومنة
ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس والظاهر انه اريد بنسائهن من في صحبتهن من الحرائر
مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من قوله او ما ملكت
ايمانهن الاماء وعن الثاني بان حال الامة تقرب من حال الرجال حتى تسافر من غير محرم وكان يشكل انه
يباح لها التكشف بين يدي امتها ولم يترك هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول
الحرائر دون الاماء والباقية واضح

فصل في الاستبراء وغيره

اخر الاستبراء لانه احتراز عن وطي مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرا الجارية اي طلب براءة رحمها
من الحمل وفي اوطاس موضع على ثلاثة مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء احكام
وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فحديث سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا
الحبالى حتى يستبرين بحيضة ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع البالغ نهي مع وجود
الملك واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود
من مورد النص واما علته فهي ارادة الوطي فانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه واما حكمته
فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند
حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان لا يكون من زنى وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان
الحامل من الزنا لا يحل وطيها حملا للحال على الصلاح اما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتاخرها عنه
واما العلة ههنا فكذلك لان الارادة امر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يتجدد له الملك قد لا يريد ذلك
فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطي فان صح للمزاج اذ التمكن منه ارادة والتمكن انما يثبت
بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا في المستبرأة ثم تعدى حكم

الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بان جعلت بدلا لانها فان قيل الموجب ورد في
السبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فلا يقتصر عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة
وسببا فالحق بها دلالة واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع ابوه او وصيه وان كان
لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة وممن لا يحل
له وطيها لكونها اخته رضاعا او ولدها وهي موطوءة ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك
واليد ولا يجتزي بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف يجتزي بها لحصول المقصود وهو تعرف
البراءة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها
اي بعد اسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب وما بعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى
قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب ولا يجب الاستبراء على الابقة يعني التي ابقت في
دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند
ابي حنيفة لانهم لا يملكونها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم ملكوها وقوله حرم الدواعي
لافضائها اليه وقوله ولم يذكر الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور
في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغير
شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يلزم انتفاء المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي
في غير المسبية احتمال الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط
ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون اللاحق دلالة حكم لدليل
لم يكن للملحق به لعدمه والذي يلوح ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر
الفقهاء فلما كان عليها بالمسبية اثر واحد لم يعتبر ولما كان في غيرها اثران تعاضدا فاعتبرت وقوله
على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات **وقوله** لما بينا اشارة الى قوله
عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله وان ارتفع حيضها اي انقطع طهرها في اوان الحيض لا
يطأها حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة يدل
على ان الحبل لو كان لظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف الا ان مشايخنا
قالوا يتبين ذلك بشهرين او ثلاثة على ما ذكر في الكتاب الى اخره قيل والاول اصح وهو ان يتركها شهرين
او ثلاثة لظهور الحبل في ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق وتفسيره يعني يشتريها
ويقبضها اذا زوجها البائع او يقبضها اذا زوجها المشتري قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به
لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له وفي مبسوط الحيلة ان يزوجها على ان يكون امرها
بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعني بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشتري
الاستبراء اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم
العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء
وقوله اذا لم يكن وطئها حلالا لا يجب الاستبراء لان القبض اذ ذاك يمكن من الوطء والمكان منه جزء
العلة الا ترى ان تزويج المشتري وان كان قبضا حكما لم يعتبر لانه ليس مزيلا للتمكن **وقوله** كما
اذا كانت معتدة الغير يعني اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها لا يجب الاستبراء
لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يوقف الاستحداث لم يجب
بعده لعدم تجدد السبب **قال** ولا يقرب هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها
مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء الى حرمة الدواعي في هذه

المسئلة

المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز ان يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهي من غيره وقوله لان الحيض
يمتد شطر عمرها قال في النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر
يوما وهو نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويقوى بذلك استدلال الشافعي
علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر وقوله ومن له امتان اختان فقبلهما هذه على ثلاثة اوجه اما ان
قبلهما او لم يقبلهما او قبل احديهما فان لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطأ ايتهما شاء سواء كان اشتراهما
معا او على التعاقب وان كان قبل احديهما كان له ان يطأ المقبلة دون الاخرى واما اذا قبلهما بشهوة وقد
بين ذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره في الكتاب وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا
بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما آية يعني قوله تعالى
او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل قد
وجد وهو ملك اليمين قال المصنف ولا تعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم لا يقال
يجوز ان المراد الجمع بينهما وطئا فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح **وقوله** وكذا الكتابة كالاعتاق
كلمة كذا زائدة وقوله في هذا اي انه حل وطئ الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك
المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطئ الاخرى
واجيب بان الحل يزول بالكتابة ولهذا لزمه العقر بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج
فيحل له ان يطأ الاخرى وقوله ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل الى اخره واضح وعن عطاء رحمه الله
ان ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم خليل الرحمن صلوات الله عليه
لانه كان بمكة فاقبل ذو القرنين اليها فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال
ذو القرنين ما كان ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم
فسلم عليه ابراهيم فاعتنقه فهو اول من عانق والشيخ ابو منصور وفق بين الاحاديث فقال المكروه من
المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف بقوله في ازار واحد فانه سبب يفضي اليها فاما على وجه
البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد الغير
لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى انس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام
وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء
وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا وترك
القيام

فصل في البيع

اخر فصل البيع عن
فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا الاثر ما كان اكثر
اتصالا كان احق بالتقديم **قال** ولا بأس ببيع السرقين كلامه واضح وقوله في الصحيح
احتراز عن الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله على اي وصف كان يعني
حرا كان او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امرأة وقوله لما مر من قبل يعني في فصل الاكل والشرب
في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان الاخبار الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة
دفعا للحرج وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وهذا اذا كان ثقة ناقض قوله
على اي وصف كان اجيب بان معنى ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق
لمروته او لوجاهته وقوله لان اكبر الرأي يقوم مقام اليقين يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج
والدماء مثل الا ترى ان من تزوج فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان
ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل

أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يحل به ذلك وقوله إلا
أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك كالذي في بيت فقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل
لذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه وقوله وإن كان الذي أتاه بها أي بالجارية لأن هذا كله مبني على قوله
ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها يعني الآتي بالجارية إذا كان عبداً أو أمة وقال لآخر وهبتها
منك أو بعتها فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لأن المنافي للملك وهو الرق
معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله وإن لم يكن له رأي لم يشترها
لقيام الحاجر بالرأي المملك أي المانع فلا بد من دليل وقوله ولو أن امرأة أخبرها ثقة بناء على أن القطع
إذا كان طارئاً ولا منازع الخبر يقبل به بقبله قول الواحد فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره وإن لم يكن لا بد
من انضمام أكبر رأي الخبر له وإذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله لأن القاطع فيه والإقدام
الأول لا يدل على انعدامه ولا يثبت المنازع اعتراض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد في إفساد النكاح
بعد الصحيح من هذا الوجه فوجه آخر يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك
الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك
بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى منه والباقي واضح **قال** وإذا باع المسلم خمراً وكلامه
واضح وروي عن محمد أنه قال هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه
بهذا الثمن غيره لم يكره من المطالبة له ذلك بقضائه وقوله وكره الاحتكار افتعال من حكر أي حبس والمراد
به حبس الأقوات متربصاً للغلاء وقوله فإن كان لا يضر فهو مكروه في الوجهين يعني في الإضرار وعدمه وقوله
ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً بأن يبيعوا قفيزاً بمائة وهو يساوي خمسين فيمنعون منه دفعاً للضرر عن المسلمين
وقوله يجري الحجر لدفع ضرر عام كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله وليس التشرب من ضرورات الحمل لأن
الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزماً للمعصية وقوله ومن وضع درهماً عند بقال يأخذ
منه ما شاء واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لأن عنده الوديعة فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة
والقرض ويجوز أن يحمل قوله يأخذ منه ما شاء خارجاً مخرج المشروط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء
وإذا ما وضعه ولم يشترط شيئاً فهو وديعة إن هلك لم يضمن شيئاً

مسائل منثورة

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن
فقيل المراد به نقط المصحف فيكون دليلاً على كراهة نقط المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك
الأحاديث وقالوا هذا باطل وقيل إنه حث على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لأن غيره إنما يوجد
من اليهود والنصارى وليسوا بمأمونين عليها وقوله وقد ذكرنا من قبل يعني في فصل القراءة وقوله
ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى قيد بهما لأن في عيادة المجوس اختلافاً بين المشايخ فمنهم من قال لا بأس
به لأنهم من أهل الذمة وهو المروي عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى
ألا ترى أنه لا يباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والأصح أنه
لا بأس به لأنه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح **قال** ومن كان في يده لقيط لا أب له
ذكر في النهاية أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج
هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض
الزوج لها بقيام الأب لأنه لما كان نفعاً محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه من وجه الولاية
ومن وجه القول والقبض ومن وجه العقل للتمييز فثبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره فخر الإسلام والمراد
القبيلة التسال لا للتجارة **وقوله** وإجارة الصغار في أكثر النسخ وهو رواية القدوري وفي بعضها الأظآر

الأظآر

الأظآر وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره تناقض قوله وإجارة الصغار ظاهراً فمنهم من
حمله على الأم والابن فالأول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية القدوري كما مر في الجامع
الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما بحمل جواز إجارته على
ما تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي بعد أداء الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم
يكن فيه ضرورة وقوله ولا يجوز ذلك للعم يعني وإن كان في حجره وقوله ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز
وقال في النهاية لا يجوز بالكبير وقوله وقد ذكرناه يعني في إجارة العبد وقوله ويكره أن يجعل في
عنق عبده الراية الراية الغل على يجعل في عنقه يعلم بها أنه آبق قال في النهاية الراية بالراء الغل ...
كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الإباق أما في زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق خصوصاً
في الهنود **وقوله** يريد به التداوي أخبر أن أعماً لو أراد به الفسق فإنه لا يباح وقوله وقد ورد
بإباحته أي بإباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فإن الله ما خلق داء
إلا وخلق له دواء إلا السام والهرم والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب ثم
التوكل بعده على الله دون الأسباب قال الله تعالى لمريم وهزي إليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها
من غير هذا الذي ذكره فخر الإسلام وقوله لأنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم
حرام قيل إذا لم يعلم أن فيه شفاء أما إذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء
به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال
ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لأنه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال ينكشف الحرمة
عند الحاجة فلا يكون بالحرام وإنما يكون بالحلال **قال** ولا بأس برزق القاضي إذا قلد السلطان
رجلاً القضاء لا بأس أن يعين له رزقاً بطريق الكفاية لأن يشترط ذلك في ابتداء التقليد لأن النبي صلى
الله عليه وسلم بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والأوقية بالتقدير
أربعون درهماً وتكلموا في أنه صلى الله عليه وسلم من أي مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت
المال فإن الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل إنما رزقه من الفيء وقيل من المال الذي
أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس هجر وقوله على اختلاف معروف في نفقة المرأة
يعني على قول محمد يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف لا يجب فإنهم على نفقة الزوجة إذا
استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف وقوله ولا
بأس أن تسافر الأمة إلى آخره قيل هذا كان في الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسق وقوله وقد
ذكرنا من قبل إشارة إلى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في
المحارم

كتاب إحياء الموات

مناسبة
هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن يكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره
ومن محاسنه التسبب للخصب في أقوات الأنام ومشروعيته لقوله صلى الله عليه وسلم من أحيى أرضاً
ميتة فهي له وشروطه ستذكر في أثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر بها وحكمه تملك المحيي
ما أحياه **قال** الموات ما لا ينتفع به من الأراضي سماه ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء
عنه أو لغلبة الماء عليه وما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صارت سبخة بالميت من الحيوان الذي بطلت
منافعه فسمي مواتاً وإحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به وقوله فما كان منها عادياً ليس المراد به ما
يقتضيه ظاهره من لفظه من أن يكون منسوباً إلى عاد لأن عاداً لم يملك جميع أراضي الموات ولكن المراد
ما قدم خرابه كما ذكره في الكتاب **وقوله** وكان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه قول بعض

المشايخ وقال بعضهم الأراضي المملوكة اذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقوله واذا لم يعرف مالكه من تتمة قول رحمه الله قوله ويدار الحكم عليه اي على القرب مرجع حكمي يفهم من قوله قريبا وقوله لمن احياه واضح وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب الشرع تقريره ان المشروعات على نوعين نصب الشرع والاخبار بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والآخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ان ياذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه عليه السلام اذنا لقوم معينين فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا مواتا فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك يحتمل الثاني ويحتمل ما ذكره ابو حنيفة معين لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو ان قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله والاصح ان الاول يعني عدم الثاني بيانه ان المشايخ اختلفوا في ان احياء الموات يثبت ملك الاستغلال او ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه ابو القاسم احمد البلخي الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح كان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه اضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا ترى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله ليعبرها لتطرقه لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا احيا الرابع فقد احيا طريقه من جهة المعنى فيكون له فيه طريق **قال** ويملكه الذمي المسلم والذمي في تملك ما احيى سواء لاستوائهم في السبب والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على اصلنا كالمسلم قوله ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد الملك موقتا اي الى ثلاث [illegible]

انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكر الجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى وذروا البيع كما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى والذين يأكلون اموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من امره الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى ابو يوسف قال ثنا اشعث بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البئر اربعون ذراعا من هاهنا وهاهنا لا يدخل عليه احد في حريمه ومائه وقوله والعام المتفق على قبوله والعمل به يريد به قوله عليه السلام من حفر بئرا الا ان كلمة من تفيد العموم اولى عنده اي عند ابي حنيفة من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد به حديث الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى واجيب بان عطنا ليس صفة كبير حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه يأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به فان قيل فاتركه في الناضح ايضا بحديث الزهري قيل لا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه تعارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس كما حفظناه وقوله لما رويناه اشارة الى قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وقوله والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة فانها هي المكسرة **قال** ومن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كلامه واضح وقوله ان يطهر اي يصلح ويكنسه من باب اعجبني زيد وكرمه في ان العطف للتفسير فان اصلاحه كنسه وقوله وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض تسمى بالفارسية كاريز قوله وبه ورد الحديث يريد به ما روى ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور وذكره شيخ الاسلام في مبسوطه قوله ومن كان له نهر في ارض غيره ذكره في ادب القاضي لو ان نهرا لرجل وارضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد رفعها اي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله فيكون لها حريم اعتبارا بالبئر يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه يعني قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم الى آخره وفي البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله والحاجة الى الحريم فيه اي في البئر جواب عما يقال هب انه عن خلاف القياس فيلحق به بالدلالة ووجهه ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى والمساوي والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي في البئر بمعنى القليب فوق الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فيتعذر الالحاق وقوله ووجه المسناة الى قوله والقول لصاحب اليد من جهتهما وقوله تعذر استحقاقه الى آخره من جهة ابي حنيفة وقوله اما صورة فلاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة على الارض واما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعها لالقاء طينه وقوله يقضي للذي في يده ما هو اشبه

بالمنازع فيه هو الموعود بقوله على ما نذكره والقضاء في موضع الخلاف أي في مسألة من كان له نهر في أرض غيره فهو
قضاء ترك لا قضاء ملك فلو أقام لصاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء
ملك لما قبلت بينته لأن المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك
الأجواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لا تتبين بها موضع الخلاف فإنه
ليس لأحدهما عليه أي المسناة تأويل الحريم

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لأن إحياء
الموات يحتاج إليه وقدم فصله على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء والشفة أصله شفهة أسقطت الهاء تخفيفا
والمراد بها هاهنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر
الكوفة وصفة النهر بالكسر والفتح جانبه وأنث ثلث في قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث لأن الفصيح في
في الكلام إذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤنث نظرا إلى لفظ الأعداد ومثله قوله عليه السلام من صام
رمضان وأتبعه ستا من شوال الحديث والصوم يتحقق في الأيام لا في الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو
الأيام أنثه وقوله عليه السلام شركاء يريد به الإباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والأنهار
وأما الكلأ وهو ما لا ساق له فإما أن ينبت في أرض شخص أو أنبته فيها بكرى الأرض وسقيها فإن كان الأول
كان مباحا للناس إلا أن أحدا لا يدخل ملكه إلا بإذنه فإن لم يجد في غير ذلك الموضع فإما أن يخرج له صاحب
الأرض أو يأذن له بالدخول وإن كان الثاني فهو أحق به وليس لأحد أن ينتفع بشيء منه إلا برضاه لأنه حصل
بكسبه والكسب للمكتسب وأما النار فمن أوقد نارا في أرض ليس لأحد فيها حق فللناس أن ينتفعوا بنارٍ من حيث
الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وأن يعملوا بضوئها وأما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا برضاه لأن
ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد فليس مما ثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله إلا أن تعيب فيه شبهة الشركة
نظرا إلى الدليل يريد به قوله عليه السلام شركاء في ثلاث وقوله حتى لو سرقه إنسان لم يقطع اعترض عليه بأنه
على هذا ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها لأن قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا يورث الشبهة
بهذا الطريق وأجيب بأن الحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق الآية ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب
بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى الزانية
والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقيل وقوله
وقيل له أن يمنع أعشار لسقي المزارع والمشاجر ذكر في المبسوط وأكثرهم على أن له أن يمنع في مثل هذه
الصورة لأن الشفة ما لا يضر لصاحب النهر والبئر فأما ما يضر ويقطع فله أن يمنع ذلك وقولهم
أن يأخذوا منه أي من الجدول الصغير علم من وضع المسألة فيه وقوله في الصحيح إشارة إلى اختلاف المشايخ
فإن منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير
والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله ذلك في الأصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من أهل بلخ أن قالوا
ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لأن الماء متى دخل في المقاسم
أي متى دخل في قسمه دخل تحت حيازته وقوله مؤاخذة أي بالكلية

فصل في كري الأنهار

لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كري الأنهار
كان الشرب مهما لكن لما كانت مؤنة الكري أمرا زائدا على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري
كالنهر العام أخر ذكره ووجه الحصر على الثلاثة ظاهر لأن النهر إما أن يكون عاما من كل وجه
أو خاصا كذلك أو عاما من وجه خاصا من وجه أما الأول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة وأمثالها
الأنهار فعلى فصل المصنف بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيها وقوله إلا أنه يخرج له أي

الكري

من كان يطيقه أي الذي يقدر على العمل ويجعل مؤنته من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم
كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء وقوله
ويقابله عوض يعني حصته من الشرب فلا يعارض الضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا
ويجب السعي في أمنه وإن بقي الضرر الخاص وقوله لخفته الانبثاق يقال انبثق السيل موضع كذا
أي خرقه وثقبه وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخلوص ثم قيل
يجبر الآبي كما في الثاني وهو قول أبي بكر الإسكاف وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن سعيد البلخي
وقوله فاستوت الجنبات يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الأمر احترازا في النهر الثاني فإن من أبى
من أهله يجبر عليه هناك لأن إحدى الجهتين عامة والأخرى خاصة فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عنه
وقوله ولا يجبر لحق الشفة جواب عما يقال أن في كري النهر الخاص إحياء حق الشفة للعامة فكون في
الترك ضرر عام فينبغي أن يجبر الآبي على الكري دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين
من مشايخنا في ظاهر الرواية لا يجبر الآبي لحق أهل الشفة كما امتنع جميع أهل النهر عن كريه فإنهم لا يجبرون
على الكري لحق أهل الشفة وقوله ومؤنة كري النهر المشترك ظاهر وقوله فلا يلزمه انتفاع غيره قال في
النهاية الصواب ينتفع غيره لأن الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله لأنهم لا يحصون يعني لكانوا يحتجون

فصل

في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه لأنه لما قرب فراغ بيان
مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحسانا
قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة
والشرب مجهول لا يقبل الإعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ترك على حاله معناه لم يكن
له ذلك وقوله فإن لم يكن في يده يعني بأن لم يكن مستعملا بإجراء ماء فيه أو لم يكن المجاري في طرف النهر
فعليه أي فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له إن كان يدعي رقبة النهر أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه
إلى أرضه ليسقيها إن كان يدعي الإجراء في هذا النهر فإذا أقامها يقضى له لإثباته بالحجة ملكا له معنى في الأول
أو حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فإن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله على الاختلاف فيها
في اختلاف المدعين في الأمور المذكورة نظيره أي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لأن الانتفاع
بسقيها فيتقدر بقدره معارض بأنهم قد استووا في إثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة
في اليد توجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بأن إثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء ومن
له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد وقوله لم يكن له
ذلك أي لم يكن لصاحب الأعلى السكر لما فيه أي في السكر إبطال حق الباقين ولكن يشرب من حصته
يعني من غير سكر وقوله إلا أنه إذا أمكن من ذلك يعني إذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما
ينكبس به النهر كالطين ونحوه إذا أمكنه أن يسكر بلوح أو خشب أو باب لكونه إضرارا بهم بمنع ما فضل
عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك فإن لم يكن لواحد منهم الشرب إلا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء بدأ
أهل الأسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا والآن في البحر الحد السكر إحداث شيء في وسط
النهر المشترك فلا يجوز ذلك لما فيه من حق جميع الشركاء وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم أن يمنعوا
أهل الأعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه
حتى يرووا والآن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن لزمه طاعته فهو أميره
وقوله والدالية والسانية نظير الرحى الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز وفي رأسه
مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية الناعورة يستقى من البئر والخراسم لما يوضع ويرفع مما يكون مخارها من الخشب

والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والاجر موضوعا الا برجع وكل ذلك تحدث في ملك مشترك فلا يملك الا برضاهم سوا كان مظهرا او من غيرهم قوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى الكوة نقب البيت والجمع كوى بالمد ونوى مقصود وتستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له ان يوسع الكوة وقوله واذا اراد ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه اي من فم النهر وهذا القدر اتفاقي والعبرة للاجناس وصورته هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فاذا اراد ان يوخرها عن صفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله تسفل كوة اي يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها الى وجه الارض وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس منه حق في الشرب ويزيد من المارة منه ليس له حق في الممر وقد تقول له ساكنها غير ساكن هذه الدار لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى وقوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف النهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدا لي منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعدما كان القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى لمستمد امره في الثانية في بعض المدة وربما يتضرر ذلك لصاحب السفل وقوله لا بد اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من النهر بعد رجل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته باطل واذا كان عارية فللمعير ان يرجع متى شاء وقوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى ان القصاص والدين والخمر تملك بالارث وان لم تملك بالبيع ونحوه والوصية اخت الميراث وقوله بعينه احترازا عن الايصا ببيع الشرب كما يذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود فاذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل فاذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان رجع القابل الدية وارش الجراحة وقوله الاصح اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل في ذلك ان يقال للمقومين ان العلماء قد اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا الشرب فينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك واختار المصنف ما ذكره في الكتاب وقوله او يجريها ما قال في الصحاح نحرت الارض اي ارسلت الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه يلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا اسقى ارضه سقيا يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل والله اعلم

باب الاشربة

لما ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما بال ذكر الاحل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتدا او الداعي المذكور موجود اجيب لما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما التدريج الطاري لئلا ينفر من الاسلام وسمي هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها. **قوله** الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس يريد بهم الكا والشافعي فيما

ذكر

ذكرناه اشارة الى انه من ماء العنب وقوله في غيره اي والاشهر في غير الذي من ماء العنب اذا صار مسكرا اغير لفظ الخمر كالمثلث والطلا والباذق والمنصف وقوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون الذي من ماء العنب خمرا قطعي بخلاف فيثبت به خلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فيكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني وقوله وانما سمي يعني غير الني خمرا التخمره اي لصيرورته مرا كالخمر لا المخامرة جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لا تنافي اختصاصه بالني من ماء العنب لجواز ان يكون المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا والقارورة مشتقة من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد في القرار ونظائره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روي عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست ثابتة عن رسول الله احدها قوله لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله والثاني يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق وقوله وقيل يوخذ في حرمة الشرب بحد الاشتداد احتياطا يعني في الحد يوخذ بقذف الزبد احتياطا ايضا وقوله وهذا اي انكار حرمته عينها كفر مرا لمنكره ان كان ردا للاخبار مه السلام لانه جحود الكتاب يعني قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرنا دلالته على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار في احسن ما يكون فليطلب ثمه وقوله وقد جاءت السنة متواترة مستفاضة عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر آحاد في الخمر احاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة علي رضي الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله وهذا من خواص الخمر يعني دعا القليل الى الكثير قال في المبسوط ما من طعام وشراب الا وكذلك في الابتدا ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة المشهورة يعني ما روي عن علي رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب يخاف عليه الشرب واما اذا كان عند صالح فلا يباح لانها تخللها وقوله والسابع حرمة الانتفاع بها يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب بها والاقطار في الاحليل وقوله الا ان حكم الفاسق قد انتسخ يعني بقوله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاثة الحديث وقوله على ما قالها قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر محمد انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بنيء وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق اي ويسمى العصير الذاهب اقل من ثلثه ويسمى المنصف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو اي النيء من ماء التمر اي الرطب انما فسر الرطب بالتمر لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما يجيء وقوله فهو حرام مكروه اراد الحرام بالكراهة

إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لأن مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله ويدل عليه ما رويناه من قبل يعني
يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة وقوله والآية محمولة على الابتداء
إذ كانت الأشربة مباحة كلها لأنها مكية وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان
كما قال الخصم وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا حراما وتدعونه رزقا حسنا وقوله وقد
بيّنا المعنى من قبل يريد به قوله ولنا أنه رقيق يلذ مطرب إلى آخره وقوله غير أن عنده يعني عند أبي حنيفة يجب
قيمتها لا مثلها كما إذا أتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام وأورد
رواية الجامع الصغير وهو قوله وما سوى ذلك من الأشربة أي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع
الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله
وقال فيه يعني في الجامع الصغير **قال** ولا بأس بالخليطين الخليطان ماء التمر والزبيب إذا طبخا
فطبخ بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتد والعبرة بالتمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته وقوله محمول
على الشدة وكان ذلك في الابتداء يعني أن النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان في المسلمين
ضيق وشدة في أمر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره
ثم لما وسع الله على عباده النعم أباح الجمع بين النعمتين وقوله قيل لا يحد هو قول الفقيه أبي جعفر وقوله وقد ذكرنا
الوجه من قبل إشارة إلى قوله لأن قوله لا يدعو إلى الكثير قيل ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله عليه
السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الأنبذة ليست متخذة مما هو أصل الخمر وقيل إشارة إلى قوله بمنزلة النائم
ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وباقي كلامه واضح وقوله وعن محمد مثل قولهما أي مثل قول أبي حنيفة وأبي
يوسف مذكور في النوادر وقلنا أي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ وكلنا أي لأبي حنيفة
وأبي يوسف وقوله ولأن المفسد أي للعقل هو القدح المسكر وهو حرام عندنا إلا ما قبله فإن قيل القدح الأخير
ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي أن يحرمه ما تقدم أيضا أجيب بأن الحكم يضاف إلى العلة معنى وحكما
وفيه نظر لأن الإضافة إلى العلة اسما ومعنى وحكما أولى بهذه الصفة والأولى أن يقال الحرام هو المسكر وإطلاقه
على ما تقدم مجاز وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا وقوله إنما يحرم القليل منه أي
من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المفسد هو الأخير دون ما
تقدم وجب أن يكون في الأخير الحد لذلك ويجوز أن يكون عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون قليله
وكثيره سواء وهذا واضح ووجه الجواب على الأول أن القياس ذلك ولكن تركناه لأن الخمر لرقتها ولطافتها
تدعو إلى الكثير فأعطي القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو
واضح وقوله والحديث الأول يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا
ثبوته فهو محمول على القدح الأخير وقوله كل مسكر والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى
يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فإن منهم من سماه أبو يوسفي ويعقوبي لأن أبا يوسف كثيرا ما كان
يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لأنه منسوب إلى رجل اسمه حميد وهل يشترط طبخه ثانيا عندهما
بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ فيه واختاره المصنف وقوله أو يذهب منهما يعني بأن يذهب
الماء أولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا حل شربه كما يحل شرب المثلث لأنهما
لما ذهبا معا حل شربه كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتفق ذهابهما معا واحتمل
ذهاب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لأنه إذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثي
العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع
والثبات وقوله يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا

فقد روى الحسن بن مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول إنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا
أصح لما ذكره في الكتاب **قال** ولا بأس بالانتباذ في الدباء جوّز أكثر أهل العلم الانتباذ
في الدباء وهو القرع والحنتم وهي الجرار الخضر أو الحمر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحد حنتمة والمزفت
وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير هو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم
عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا وعن لحوم الأضاحي
أن تمسكوها فوق ثلاثة أيام فأمسكوها ما بدا لكم وتزودوا فإنما نهيتكم ليتسع على معسركم وعن النبيذ
في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكن إنما يتخذ فيه
خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الإسلام في مبسوطه إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص
لأن الأنبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها يعني فصاحبهما على خطر من الوقوع
في شرب المحرم وقوله وإذا تخللت الخمر يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت وقال
الشافعي إن كان التخليل فيها بإلقاء شيء كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وإن كان بالنقل من الظل إلى
الشمس وعليه فله قولان وقال في الفرق ما ألقي في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة وليس
فيما إذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه السلام نعم
الإدام الخل وهو يتناول الخل والمخلل لا محالة ولأن التخليل إصلاح المفسد بإثبات صفة الصلاح من
حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك وإصلاح المفسد إن لم يكن واجبا فلا أقل من الإباحة
والمنازع مكابر وقوله وكذا الصالح للمصالح يجوز أن يكون المخلل صالحا للمصالح والصالح للمصالح مباح
اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لإعدام الفساد جواب عن قوله إن في التخليل اقترابا من الخمر على وجه
التمول ووجهه لا نسلم أنه على جهة التمول بل المنظور إليه إعدام الفساد وذلك بالإراقة جائز فبالتخليل
أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالا في المآل وهذا ظاهر وما يجحده إلا المكابر والله أعلم فإن قيل
قد يضيع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن أرقها حين سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده وبما روي
أنه عليه السلام نهى أن يتخذ الخمر خلا أجيب عن الأول بأن ذلك في ابتداء في ابتداء التحريم قمعا لهم لأنهم
تحوموا حول الخمر كما حرم الانتباذ في الأوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بأن الظرف لا يحرم
ويؤيده أنه عليه السلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي
عن اتخاذ الدواب كراسي فإن المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم
أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال صلى الله عليه وسلم أليس كانوا يأمرون
وينهون فتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك فسر الاتخاذ بالاستعمال دردي الخمر وغيرها ما بقي
في أسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وإنما خص الامتشاط لأن له تأثيرا في تحسين
الشعر وقوله لما قلنا إشارة إلى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب
الدردي إن لم يسكر خلافا للشافعي قال شرب جزءا من الخمر فيجب الحد ولنا إلى آخره واضح والله أعلم

فصل

لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليما للاحتيال
على حله والدورق مكيال للشراب وهو عجمي وقوله وإن كان يذهبان معا فعلى الجملة حتى يذهب ثلثاه قال
في النهاية كان محمد أعلم أن العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب
فيه تفصيلا وحاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهابا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وإذا كان يذهبان
معا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله ففي الوجه الأول يعني ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ
حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الإسلام طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم

لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فتكون الماثة والعصير بلا
والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كان لم يكن لان الماء بقي العصير
العصير لا غير وهو ثلاثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية
وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء والعصير معا بالطبخ حتى يذهب
عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا
وما لو صبت الماء في العصير بعد ما صار مثلثا سواء وقوله لا يحل لانه اثر النار مثاله لو طبخ عصيرا
حتى ذهب ثلث الخمسة وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا باس بذلك
لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه اثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا
والنار تحته سواء وهذا الخلاف ما برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فانه لا
يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله
ثمانية عشر ارطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل عرفنا ان كل رطل من
ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلاثة
ارطال فهو في معنى ثلاثة ارطال وثلاثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل
فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله ولها طريق اخر قيل هو ان يجعل الذاهب بالغليان
من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال مثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل
وثلاثة حلال وهو ثلاثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلاثة فهو
من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او الحرام وكان الذاهب منهما على السواء
فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الايضاح
فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت ارطال الحلال
ثلثين سهما وقد اريق ثلاثة وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد
بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة
لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف الصائد فقد يكون الحاجة
اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون للتفرج والصيد مصدر وقد يراد به المصيد وهو حلال
وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما او لا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان يصطاد في الحرم او لا
فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون
من اهل الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك
التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان
يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه و
خمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه
او قوائمه وان لا يكون متقويا بانيابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية
منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو اتبع بعضه
لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا الكلب ذبحه فهو صيد وهو حلال
وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فان ادنى
مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال

الاحرام

زال الاحرام وفيه نظر لان الاستدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر
لكان انسب واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم ينكر
احد في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي
لما ان الة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد والفاضل يقدم على المفضول **قال** ويجوز
الاصطياد يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة وقوله
نحو مما يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به
وكان ذلك معلوما لكل احد فلم يستثنه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا
لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا ياكلانه في الحال والتعلم
انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم انه ترك عادة او تعلما ولان التعليم بان يمسك للغير والاسد لعلو
همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق بعضهم الحداة بالدب لمعنى
الخساسة وانما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة
من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير
على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما
علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات
وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب انه لذلك اذا
لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله
يسالونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي
ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن
الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب
والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها قال الله تعالى ام حسب
الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تاويل لانه في تاويل اخر التي تخرج من الجراحة والمكلبين
بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التاديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه
اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين
بلفظ مكلبين واستدل المصنف على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم وقال واسم الكلب
يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام في دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك
فافترسه الاسد **وقوله** وعن ابي يوسف متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان
انه تعلم ترك ما هو مالوفه عادة وقيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه
مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما
ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول
وقوله كما في قصص بعض الاخبار وقيل اراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال
في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله في جنسها اي اصل ابي حنيفة في جنس
المقادير نحو جنس الغدير وحد التقادم وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المتنجسة وقوله ولا انه تعليم
عنده اي ان ترك الاكل علامة تعلمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعين امساكه
الثالث على صاحبه واذا احكما انه يمسكه على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله فظاهر

الرمي واية يزيد بن زياد اية الرماوان فانه قال لو قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل وأشار في
الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تأويل يعني في تأويل غير ما أوّلناه أولا وهو قوله
والجوارح الكواسب في تأويل وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب بمعنى جمع
في الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لأن الاصل ان النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني
بان كان بينهما تناف يحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف فيثبت الجمع اخذا بالتيقن كما
في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اراد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما
مرادان لانه لا تنافي ههنا وفيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل
به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز
عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناولهما فالجمع بالتواطي وقوله
وفيه اي في الجارح الكاسب اخذ باليقين وقوله رجوعا الى التأويل الاول يعني ما سبق من الكواسب
وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا منافاة بينهما ومنه اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي
في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي رضي الله عنه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني
رضي الله عنه انه عليه السلام قال له في صيد الكلب وان اكل منه وذلك دليل واضح لهما اجيب بانه خبر
واحد لا يعارض قوله فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا ياكل منه وحمل اكله منه ذلك
على انه امسكه على نفسه وقوله على اختلاف كما بيناها ابتداء اراد ما ذكر انه يحل عنده اصطاده ثانيا
الى آخره **وقوله** واما الصيود التي اخذها من قبل فواضح وحاصل ذلك في الجرح الذي لم يوكل ان ابا
حنيفة يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار على الاكل لان ما احرزه الذي الما لك حكم بما حصله باجتهاد
وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده والجواب ما قاله وبذلك الاجتهاد
قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل
القضاء وما قاله ابو حنيفة رحمه الله اقرب الى الاحتياط وعليه مبني الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيئا
من صيوده المقدرة والحكم فيه كالتي في الخلاف اذا تصادق البايع والمشتري على جهله لم الكلب ولو
ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يوكل واما قبل الرجوع اليه
فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الارسال ومسألة البوشي في الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين
ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اذا اكل بعد ما قيل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه
جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتوصل بالاكل حتى اذا اخذ صاحبه دل انه كان ممسكا
على نفسه **قال** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه المرسل ان ادرك الصيد
حيا فلا يخلو اما ان يتمكن من ذبحه او لا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يوكل سواء كانت الحياة
فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول ابي حنيفة اصحابنا جميعا وكذلك الحكم في البازي والسهم وذلك
لانه قدر على الاصل قبل ذلك فبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة او ضيق الوقت فاما ان يكون
فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح او لا فان كان لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله انه يؤكل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
اذ الغرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية
انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه يثبت يده على الذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ
لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من يده والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم
في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار

الحكم

الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على الذبح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما يكون
في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء
وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم يثبت يده على
المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح
فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي
والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي
حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما يكون الحياة فيه فوق
ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة
العدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع للذبح وكان عدم التمكن مقصورا وهذا
ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا
شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح
فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هو قول ابي بكر الرازي هذا قولهما اما عند ابي
حنيفة فلا يؤكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية اي اعتبارا لها
هذا الذي ذكرنا انه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله
عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيح والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة
اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف لا بد من
حياة بينة وهو ان يكون بحال يعيش فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال
محمد لا بد من حياة بينة وهو ان يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا
لانه لا معتبر لهذه الحياة على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح
فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم ياخذه يريد ان المسائل المتقدمة كانت فيما اخذ الصائد وههنا ادركه ولم
ياخذه وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا واذا ارسل كلبه على صيد يعني صيدا معينا
واخذ غيره حل ما دام في وجه ارساله وقوله ولنا انه اي شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول
الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر
اذ لا يقدر الصائد او الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله
على ما بيناه يعني في اوائل كتاب الذبائح حيث قال تشترط عند الارسال والرمي وقوله ولهذا تشترط
التسمية عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم
ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلاثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان
في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما روينا والثاني ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة
لان جهة الحل اذ رجح لان المعلم منفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا في شيء لكن الثاني اشد اي حمل على
الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الاخذ والصيد وانما اثر
في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع
قال واذا ارسل المسلم الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوي دون
الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون
الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم
بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء انما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسل

يحوي فوجده مسلم فانزجر لم يؤكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يؤكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر
دون الارسال لم يثبت به اي بالزجر شبهة يعني في الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل
دايما فاولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كل واحد غير
مشروط على حل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه ان كان دونه يعني ان الانزجار ان كان دون الانفلات
من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متاخر فجعل ناسخا
وقوله وقذه اي جرحه اثخنه وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما
يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الارسال ملحق بالذكاة فيجعل بالذبح
لا يضرب الكلب وجوابه انه بعذر دفعه وما تعذر دفعه يقرر عفوه وقوله يخرج الكلب الاول لان الصيد
بعد ان خرج عن الصيدية كان ذكاته بعد الذبح في المذبح لا يخرج الكلب فخرج الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع
فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان الالة الحيوانية شرع في بيان حكم الالة الجمادية والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه
حس صيد فرماه او ارسل كلبه او بازيه فاصاد صيدا طيبا مثلا فان تبين ان المسموع حسه ادمي او بقرا وشاة لم
يحل الظبي المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى ادمي
فالمانه فاصاب صيدا فانه لا يؤكل وان تبين ان المسموع حسه صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع حسه يعني
سواء كان ماكول اللحم او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع حسه اذا كان خنزيرا لم يحل اكل
الصيد المصاب كتغليظا لتحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف ساير السباع لانه اي الاصطياد
يؤثر في جلده وزفر خص منها اي من جملة المسموع حسه ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي
سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا
قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا والاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرطه قبوله الاباحة
حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم يثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها
فان كان مما يحل تناوله ثبت اباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله
ثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادا واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس يخرج له
عن ذلك اذا وقع اصطيادا اذا كان كانه رمى الى الصيد فاصاب غيره. قوله وان تبين انه حس ادمي
قدمناه انفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد لان الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن
الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلته اي بمنزلة الادمي لما بينا ان الفعل
ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود ترميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا يخرج المسئلتان المذكورتان
في الكتاب وقوله في اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما يشير الى ان كون ما تبين حسه من الصيود من
شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا وظنه ادميا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو
صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه اي تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة الاولى اصابه سهمه غير
المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع ليس بصيد وكان فعله متوجها الى الصيد نظرا
الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل
بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما هاهنا سهمه اصاب عين المسموع
حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة
فعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله على ما بينا يعني في
فصل الجوارح بقوله ولانه من الجوارح في ظاهر الرواية الى اخره وقوله فتحامل اي تحامل مع المشي

ان يتكلف

ان يتكلف على مشقة واعيا بقا لتحامل في المشي وقوله حتى اصابه اكل قيل اذا وجد وفيه جراحة سهمه
لا غير واما اذا وجد وفيه جراحة اخرى فليس له ان ياكله ترك الطلب او لم يترك كما يجي لانه ظهر لموته
سببان احدهما يوجب الحل والاخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي لا يؤكل
لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كما لو جرح انسانا
فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم
في هذا كالمتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته فانه قال حين اهدى رجل عليه السلام
صيدا فقال من اين لك هذا فقال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم
وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال عليه السلام لا ادري لعل هوام الارض
قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب
بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما
اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن تواريكون بسبب عمله وقوله والذي رويناه حجة على مالك
في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت حل يعني وان راى فيه اثر سبع واحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم
لذلك وكانه يحيل الامر على الغالب لانه اذا بات قعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل
الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه بقوله عليه السلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته
فانه عليه السلام قال له لعل حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر
واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قدمناه والخلاف فيه
وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام
فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذا
لم يقعد عن الطلب. **قال** واذا رمى صيدا فوقع في الماء كلامه واضح وهو في المعنى
مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سياتي وقوله وكذا السقوط من علو وهو في بعض النسخ من
علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني اذا لم
يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجي وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع
من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله او يحرم فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية
المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة
السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه
من الاجر الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة
فليس في المسئلة روايتان وهذا اي ما فعله شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق يجري على
اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه
على الارض اكل وقد ذكرناه في معناه وقوله كما اذا وقع اي غير الماء في الماء **وقوله** ما اصاب
المعراض بعرضه المعراض السهم الذي لا ريش له بمعنى عرضا فيصيب بعرضه لا بحده ولانه قد يكون مدورة
يرمى بها وقوله اذا لم يخزق بالزاي المعجمة خزق المعراض اي نفذ وبالراء المهملة خطا وقوله ولذلك ان
جرحه يعني اذا رماه فجرحه فان كان ثقيلا وبه حدة فلا يؤكل لاحتمال ان قتله بثقله وان كان خفيفا
وبه حدة اكل والمروة حجر ابيض وهو كالسكين يذبح واللهم يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى عن ان ادرا
اذا لنا انه بلغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل لا يحل هو قول ابي القاسم الصفار ووجهه ان الدم
النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكوة بين اللبة واللحيين

والدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه
شرط سيلان الدم **قال** وان رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان
الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضو ان امكن حيوته بعد الابانة وان لم يمكن اكلا وقال الشافعي وهو مذهب
ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا لانه مبان بذكوة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه
كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكوة الاضطرار ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي
فهو ميت وجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو
المبان بهذه الصفة يعني ان ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحياة به واما حكما فلانه يتوهم
حياته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي لكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه
الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ابين بالزكاة ذكره للبحث عنه بقوله قلنا وتقريره
سلمنا ان ما ابين بالذكوة يؤكل ولكن لا ذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو كامل حال وقوعه لم يكن
بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعده اذا الفرض ذلك والخروج بعد ذكوة اذا مات
منه او يكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده ولهذا لو وجد وفيه من الحيوة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند
زوال الروح وان كان ذكوة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تاثيره في موته لفقد الحيا
فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكوة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله ولا تبعية يعني
لا يقال يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله
والاكثر مما يلي العجز احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الراس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان
الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكوة لعدم قطع الاوداج فهنا
وحينئذ لم يكن الجزء المبان وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الراس فقد
وقع الذكوة بقطع الاوداج بعينه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر وقوله ولا يؤكل صيد المجوسي
معناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب ليس باهل للذكوة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد
قال ومن رمى صيدا الخ اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان رميا
معا او متعاقبا والاول على اوجه فانه اذا رميا معا فاما ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا فان اصابا
فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني اولا والثاني كذلك فانه اما ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول
او بعدها فان كان الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثاني
غير مذكور في الكتاب وانا اذكر ذلك تكملة للافادة فان رميا معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل
لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فحلت بناؤه لاعتبار الحالة الرمي فانه كان صيدا حالة رميهما فيقع
فعل كل واحد منهما ذكاة واصابت الرميتان معا فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك
وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا فاثخنه اي اضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصاب سهم الاخر
فقتله فهو للاول رجل اكله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال ولهم ان الثاني اصابه وهو غير
ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر الحالة الارسال لان الاصابة بالمحل يتحقق ولهذا يعتبر التسمية حالة
الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر والملك حالة الاتصال لان الملك
يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني
وهو ظاهر وان رماه الثاني بعد ما رماه الاول قبل ان يصيبه سهمه وهو اول من القسم الثاني فحكمه
حكم ما لو رمياه معا هو لهما ويحل اكله واما المذكور في الكتاب فقد اعرض المصنف في بيانه ويشير الى بعض الفاظه
ان خفي فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يؤكل وقوله اذ علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات

الى اخره

الى اخره بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الاكل وحكمه انه لم يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى
تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان الحكم صورة الحقا له وهي ان لا
لا يدري ان الموت حصل بايهما لصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فضافه اليهما
كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان
الجراحة انما هو سبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا يعني
ان ما تقدم كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم
الاباحة الى اخره يعني لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي الى اخره واضح والله اعلم

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب
الداين والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره وشرعيته وحكمه مذكور في الكتاب وسنذكره
شيئا فشيئا فاما تفسيره فما ذكره الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق لكن
استيفاؤه منه اي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالديون وهو احتراز عن رهان الخمر وعن
الرهن من الحدود والقصاص واما شرعيته فلقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع
عبد ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من اليهودي يهودي طعاما ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة
اجمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب
وتقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم
الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل بطريق الاولى
لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه **قال** الرهن ينعقد بالايجاب
والقبول ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول
وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقال
شيخ الاسلام خواهرزاده الرهن لا يجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع اما انه عقد
تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا يعني بالتبرع الا ذلك واما ان
كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه يستوجب صيرورته مستوفيا للدين عند
الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله والقبض شرط اللزوم
كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار
شيخ الاسلام وهو يخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد
في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا
محوزا وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن
الا مقبوضا وقال مالك رحمه الله يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع
ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة لان
والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على
سفر فعدة من ايام اخر اي فليصم كما في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اي
فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا او ارتهنوا لكن ترك كونه
معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الداين بالاجماع فوجب ان يعمل في
شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر

في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربوا فكذا هذا وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا او هو جمع رهن والثاني انه يجوز ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض لو كان شرطا للجواز او اللزوم وسلم ذلك فقد لا ينفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متروك الظاهر لان ظاهرها يدل على ان الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ذلك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث ان الدليل لالزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك ان الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون المصنف قد اختاره واما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم يكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا ان الوجوب انصرف اليها وعن الرابع بانا لا نسلم ان متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المأولة متروك الظاهر وهي عامة الادلة اما هذا المحل في هذا الموضع والله اعلم وقوله ولانه عقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح **وقوله** ثم يكتفى به بالتخلية يريد به رفع المانع وجه ظاهر الرواية واضح وقوله لانه اي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينبغي ان التبرع لم فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتاب كما في المحيط وغيره [illegible] وجه الظاهر ان القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء **وقوله** الا ان اي وجه الظاهر اصح لان الرهن [illegible] الحبس الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء انما تثبت بالتخلية [illegible] الراهن بين المرتهن وبينه فلذلك حقيقة الاستيفاء اقوى من الحبس وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف الذي هو [illegible] غير الظاهر هو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكون [illegible] **قال** [illegible] قبضه المرتهن فقد ثبت ان القبض منصوص عليه في الجملة [illegible] المنصوص عليه [illegible] الكمال والكامل [illegible] القبض هو ان يكون الرهن محوزا [illegible] وقوله محوزا احترازا عن رهن الثمر على رؤس النخل [illegible] وقوله مفرغا احترازا عن [illegible] في الارض فان [illegible] على هذا الوجه تم العقد [illegible] بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم او الجواز بالقبض اذ المقصود هو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض [illegible] وقال الشافعي هو امانة [illegible] لا يسقط بهلاكه شيء من الدين [illegible] عليه وسلم لا يغلق الرهن [illegible] لصاحبه غنمه [illegible] وعليه غرمه [illegible] مضمونا بالدين ولا [illegible] وثيقة للدين [illegible] وقوله عليه السلام [illegible] ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه

فنفق

فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم أعاده معرّفا وذلك يكون الثاني عين الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد هلاكه يعني اذا قال الراهن لا ادري كم كانت قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه وحكي هذا التأويل عن ابي جعفر وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود انهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس انه مضمون بالدين واختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف كطاوس وابراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما نرى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل تسميه له والا فالرهن لك بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول محمد سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا الى ان ذلك في بيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسب من المعاصي وقال زهير • وفارقتك برهن لا فكاك له • يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا • اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وانما يدل ذلك على الحبس الدائم فان الدائم انما يفهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام لم ينف الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام لم ينف ما يعترضه بل كان الدوام اثبت باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انبائه عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا تقتضي العدول عنه ولكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اي الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن ومعناه ان الحبس يفضي الى اداء الحق لان الراهن يخشى ان جحد الدين ان يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون اكثر من جهة الدين فيحتاج الى اداء الاقل ليخلص الاكثر وليكون عاجزا عن الانتفاع به او لضجره عن المطالبة وهذه ايضا قضية تدل على ان الراهن ملك اليد والحبس فيضم اليهما قوله واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد تقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربوا بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينقض هذا الاستيفاء اي الدين بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء لان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين

على وجه لا يؤدي الى الربوا وهو أن يستوفي دفعة لابدا أجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي
وهو ملك المرتهن بدون ما استوفاه من البدل لانه غير مقصود وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب
عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما بعين الدين او ببدله لا سبيل الى الاول لان الرهن
ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببدل الصرف
والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب انا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين
قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من جنس الصورة
اما انه حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض
الشراء اذا اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني
ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما قال الشافعي الرهن
وثيقة بالدين ولهذا الوثيقة يزداد بمعنى الصيانة والسقوط بالهلاك تضاد ما قضاه العقد ووجهه
ان يوجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ الراهن من ضرورته
فلا يبعد من به مقتضى العقد لان الاعتبار في الموضوعات الاصلية لا اللوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالي
وهو ان المستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الاجر كان المستاجر
احق به من سائر الغرما ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المستاجر بعد فسخها ليست يد استيفاء لان يد الاستيفاء
هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستاجرة استيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك
لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه به دون الغرما فلانه كان مخصوصا قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة
وبعد الفسخ بقي الاختصاص في حق استرداد الاجرة قوله فالحاصل الى اخره واضح **قال** ولا يصح الرهن
الا بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سقط كما لو رهن بالدرك
وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو
الوجوب واما صحته بالدين الموعود فسيجيء الكلام فيه وقوله ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ اي الذي يدل
على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيد بقوله بانفسها
احترازا عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول لا يصح بكل حال والثاني اما
ان يكون بغير مضمون او لا والثاني غير صحيح كما في الودايع والعواري والمضاربات والشركات والاول
اما ان يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها
وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البايع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله لا يصح الرهن
الا بدين مضمون يشكل بهذه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة واجاب المصنف
بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص
ورد القيمة دين ولهذا تصح الكفالة بها اي بالعين المضمون بنفسه وقوله وان كان لا تجب القيمة الا
بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض الغاصب المغصوب
من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه جواب عما اختاره بعض اخر من المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه
قد انعقد فكان كالموجود فيصح الرهن كما صح الكفالة واعترض بان صحة الكفالة لا يستلزم صحة الرهن فانها
تصح بدين يجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله ما ذاب لك اضافة
للكفالة لا كفالة ولا يصح ان يقال قولك دون المرتهن يريد به دينا مما انعقد بسبب وجوده او دينا
انعقد لك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه فقوله ولهذا
يجوز ان يكون توضيحا على كل من التخريجين اما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلي فيها القيمة

كما في الحوالة فانها
توجب الدين في
ذمة المحال عليه
[illegible]

لا يبطل

لا يبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم يبطل
الحوالة لان الموجب الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد
العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت
كالموجود فهلاك العين لا يبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا
وجوب هناك للقيمة ولا سبب الوجوب **قال** وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن
الدين الرهن مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري
باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله يزداد
الفضل يعني ان الالتزام انما يكون من الجانبين وقوله كما في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الفي درهم في
كيس وحقه في الف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله ضرورة
امتناع حبس الاصل بدونه انما قال ذلك لانه لو لم يجعل الزيادة مرهونة ادى ذلك الى الشيوع او لعدم انفكاكها
عنه وقوله ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن
من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء وقوله والمراد بالترادّ فيما روي بحالة البيع
يعني توفيقا بين حديثي علي رضي الله عنه فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل يجب حمل الاول على حالة
البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان
الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الحبس من
ادب القاضي وقوله واذا طلب المرتهن واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء
الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة من حيث ان الاستيفاء حقيقة قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار
الراهن في زمان لم يجب على المرتهن تسليمه باعتبار شبهة المبادلة لئلا يتوقف قبض الدين على احضار الراهن عند
وجوب تسليمه قوله لانه يتضرر به بزيادة الضرر ولم يلتزمه يعني المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار
الاستيفاء باعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تاخير المرتهن بخلاف الفصل
الاول وقوله لاطلاق الامر يشير الى انه لو قيد بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار
لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف احضار
الرهن لانه اي الرهن صار دينا بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار
كانهما تقايلا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء الا بانتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن
باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا اذا
يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثناء من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين جوابا عما يقال لو كان
الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجهه
ما ذكرنا ان ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله كما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل
لاستيفاء نجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه اشار
بقوله لاحتمال الهلاك وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره
لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه
الى اخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما اذا قتل رجل
عبد الرهن خطا حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن
كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل العين الرهن فان قيل لم لا يكون
القيمة هنا كالثمن وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة اجيب بقوله وما صار قيمة

بفعله حتى ينتقل الى الورثة فصار كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانما انفق
وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا وفي النهاية جعل قوله وهذا الخلاف اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل
ووجهه هكذا اي في مسئلة القتل حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن
عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا **قال**
وان كان الرهن في يده اذا كان الرهن بيد المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه
الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فله ذلك وكلامه واضح وقوله فلو هلك اي الرهن
قبل الرد استرد الراهن ما قضاه لما ذكر في الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن
عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى
هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق
ويتقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء
حقيقة بعد الابراء يرد المستوفي فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس
كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فلو نقضنا بعد الهلاك استيفاء تعلق
استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس
عليه لغو **وقوله** على وجه الفسخ احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اي
الرهن يبقى مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان
كان الدين باقيا واذا ابراه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين
تقدم الحكم بعدم احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعدم احدهما فان قيل فينبغي قبض الدين اذا هلك
الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا اجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى
يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله ولو هلك في
يده يعني اذا اجلته بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله وليس
للمرتهن معناه انتفاع جواز الانتفاء بالرهن والانتفاع به **قال** وللمرتهن ان يحفظ
الرهن بنفسه كلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة الا ترى ان المراة اذا نهبت وسلمت الرهن
الى زوجها لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا ساكن الاب وخرج عن المنزل وترك المنزل على
الابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن فان ابا القاضي بامر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى
الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر
وقال ابو يوسف النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه
لرده الى يد المرتهن لجعل الآبق ولرد جزء منه لمداواة الجراح وقوله او الحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه
قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني
بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية
فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه
كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا
ارتهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق في جزء من الارض يبطل الرهن لظهور
الشيوع فيه فكذا في الاستحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر
لا ينافي ملكه في جميع ما رهنه الا ترى انه لو باع جاز ولو ادى العشر من موضع اخر جاز فصح الرهن في الكل
ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان ملك المستحق ملك

العين

العين فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع وقوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه
يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر
كان بغير امر القاضي فلذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل
انه بمجرد امر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره ههنا ليس للالزام
فانه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت
الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه
يعني عند ابي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة رحمه
الله لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة

باب ما يجوز ارتهانه

والارتهان به وما لا يجوز • لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه
وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال **قال** ولا يجوز رهن المشاع رهن المشاع القابل
للقسمة وغير قابل يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما
اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام
العقد لا شرط جوازه وقال الشافعي هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه
قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها
فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء
على ما تناوله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع
غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من الشائع غير معين والعين غير المعين فيكون اليد
ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المصنف دليل الشافعي بين الوجهين وهو قوله
وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو بعينه تقرير كلامه حكم الرهن للبيع والمشاع عين
يجوز بيعه فيحل الرهن يجوز رهن المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني ان موجب
الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان
مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله ويكون عاجزا
عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا
او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن
من الاسترداد ربما يجحد الراهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما
اوجب القبض اوجب بقاءه لان ما تعلق بالمجاز فالابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمة في النكاح وقد علمت
ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام
وكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام
عن التكرار فانه قال احدهما يبتنى على حكم الرهن والثاني ان موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا
بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يفضي اليه اي الى ما هو الداعي الى دوام الحبس من تمام الدليل يعني
ثبت انه لا بد من الدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع لانه لا بد
للمهاياة فكانه يقول له رهنتك يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام
الواجب تحققه ولهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع يستوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن
بخلاف الهبة على ما ذكره وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على الوجه الاول فلانه

لا يقبل حكمه وأما على الثاني فلأنه يفوت بدوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا
في البعض أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وإنه يمنع بقاء الرهن في رواية
الأصل وكلامه واضح **قال** ولا رهن ثمرة على رؤوس النخل دون النخل هذا معطوف على قوله ولا
يجوز رهن المشاع وعلته علته فإن الأصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن
لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره قوله وعلى خلاف المتاع في الدار يعني إذا رهن دارا مشغولة
بأمتعة الراهن لم يصح الرهن لأنها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض ألا
ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الأمتعة بخلاف ما لو باع النخل بكل قليل
وهو فيها أو منها فإنه يدخل الثمار فيدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة وهو قوله ولو استحق بعضه يعني
بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فإما أن يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءا
معينا غير شائع أو كان مشاعا فإن كان الأول صح الرهن من الابتداء لأن ما بقي وهو غير مشاع فكان جائزا
وإن كان الثاني تبين أن الرهن من الأول مشاع وهو مانع وقوله حتى لو أدخل فيه من غير ذكر يعني قال
المشايخ إذا رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله وهو بالدرك باطل
قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك
أن يبيع شيئا ويسلمه إلى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه
أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب ليستحق المبيع أولا وأما الكفالة
بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة الضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري
على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع درك أو لا أنه إذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع إلا إذا
قضى القاضي بنقض البيع وأما إذا ضمنه فإنه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما أو لم يقض وهذا بناء
على المبيع إذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضى البائع أو قضاء القاضي لأن احتمال إقامة البائع
البينة على النتاج أو التلقي من جهة المستحق قائم أما إذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله
بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله بهلاك أمانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله لأن الموعود
يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فإن الرجل يحتاج إلى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه
قبل الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فإن قيل فليجعل المعدوم
في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل موجودا إذا كان على شرف الوجود
والظاهر من حال المسلم إنجاز وعده والدرك ليس كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق فإن المسلم
العاقل لا يقدر على بيع مال غيره وقوله لأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده أي وجود
الدين فالمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء فيعطى له أي للذي قبض بجهة
الرهن حكم الرهن حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض إيفاء ما وعد وهذا إذا
ساوى قيمته ما استقرضه وإنما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوي الدين
فإن قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لأن الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود
فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به في هلاكه مضمونا
لا أمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان
استيفاء الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ
يجب بالعقد إذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كما في
الغصب **وقوله** فيضمنه أي فيضمن المرتهن ما ينتقص ههنا عن الدين الموعود **قال** ويصح

الرهن

الرهن برأس مال السلم قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح وهذا أي أخذ
الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها
مسدود وقلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من
حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن لقيام
الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا ينبغي بذلك
لاحتياجه إلى تملك العين أيضا وقوله لفوات القبض حقيقة فظاهر وأما حكما فلأن المرتهن إنما يصير قابضا
بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله تكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء
على ما عرف وقوله لأنه بدله أي لأن رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب
إذا هلك فإنه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يحبسه لأن ذلك
الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر وأجيب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا
به كما لو كان على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فإنه لا يكون
رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا عن الدنانير بخلاف السلم وقوله ولو هلك الرهن أي
لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم
إليه بالطعام لأنه رهن به وإن كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله هلك بالطعام لأنه
يشير إلى أنه لم يهلك برأس المال وهو أن رب السلم يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس
لأن بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا
طعام المسلم ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا أو بعد الإقالة فإنه لزم رد المستوفي واسترداد
رأس المال فكذلك ههنا وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا يحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل
الإقالة فإن قيل إذا تقررت السلم اشتغلت مالية الرهن من الدراهم بعد مالية الطعام وله على المسلم
إليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم إليه أو الطعام
وأجيب بأنا لا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم ظاهرة فإن تقدير مالية الأشياء بالنقود ليس بحكم
وإنما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع
علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقديرا للمالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام
تقديرا فعند الهلاك اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم إليه من جنس ماله
على المسلم إليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزم رد مثل الطعام المسلم فيه لأنه استوفى المسلم فيه والإقالة لا تنتقض
لما مر آنفا أنها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا يريد قوله لأن الثمن بدله **وقوله** وإذا غيره له أن يحبسه
يعني إذا أدى ثمنه ثم أراد فسخه فللمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند
المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فإن هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته **قال** ولا
يجوز رهن الحر والمدبر كلامه واضح وقوله وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية ولهذا الوطء
هذه التصرفات أبطلت فإذا كانت المقاربة منعته وقوله ولا يجوز بالنفس لمعنيين أحدهما ما ذكره
في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه فإنه
لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فإنه
صحيح لأن البدل مضمون بنفسه بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن
ولو صالح عنها على عين ثم رهن به ههنا لم يصح لأنه غير مضمون فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالبيع
وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيعطي للمشتري

والإمام من حيث المالية فالجواب أن هذا أغلط لأنا إنما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن صح

اعطي رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لم يقابله شي مضمون الا ترى انهما
لو دفعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يامر المستاجر بتسليم الاجرة وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من
قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا ترى ان البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور
الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا وقوله
ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر وقد هلك الرهن بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن **وقوله** ثم تصادقا ان لا
دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه قبضه بجهة مضمون ظاهرا فكان كالدين الثابت
حقيقة وعن ابي يوسف خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان
وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه يعني ان الرواية
عن ابي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار والمشايخ قالوا القياس تقتضي ان لا يكون حكم المسائل
الباقية كمسئلة العبد والخل والشاة كذلك **وقوله** لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان
يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله لما بينا اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي فان هلك الرهن
في يد المرتهن هلك لما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر
ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيهما مودع ولهما الولاية على ذلك وقوله وعند ابي يوسف لا تقع
المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله واذا رهن الاب متاع
ابنه الصغير يريد بيان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو ان يكون له دين
على ابنه الصغير فياخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته وقوله او عبد له تاجر
لا دين عليه قيد بذلك لان التنبيه على ذلك التقدير اما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من
الوصي فلان يجوز من الاب اولى ولو رهن من عبده ولا دين عليه لم يجز وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي
لا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على ان بيع الاب ماله ولده من نفسه
جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا اجاز رهنه وان كان الرهن يصير
مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب
وهو واضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي وقوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا
بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي وقوله واذا رهن الاب متاع الصغير يعني سواء
كان لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك اذا افتك الابن
دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لو لم يرجع فله ان يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على
ما ذكره في الكتاب وقوله لاشتماله على امرين جائزين يريد رهن الاب والوصي متاع الصغير لدين على
نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك
بدينهما لا ان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله لفعله
بنفسه ثم استعار من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن
مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المرهون واذا لم يسقط الدين بهلاكه
رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع قبل الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من
مال اليتيم لانه انما استعار لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق
الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله ياخذه بدينه اي المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه
فصله عما قبله للاستيناف وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له والله اعلم
قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير ۝ قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء منه

جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها وهلكت
هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة
وما لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه والى رواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل
ذكره وقوله فهو بما فيه يعني فذلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد به
ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله على الاطلاق المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك
بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم تملكه يعني الراهن تملك الرهن
الذي جعل مكان الرهن الاول قوله واستيفاء الجيد بالردي جائز وانما قلنا ان هذا اصح لوجهين
احدهما ان الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به في بدل الصرف والسلم يؤذن ان الاصح ان يقال واستيفاء
الردي بالجيد لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشيء اخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة
فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن لعشرة فيه ابريق هي اقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا
الردي بمقابلة جيده واري ان ما في النسخ حق ويؤيده ما يرويه صاحب النهاية فليتامل وقوله وقد حصل
الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان قبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا يمكن نقضه الا بالرد والقرض عدمه ولا
يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول
لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب ولا يكون مطالبا ولانه يلزم منه تضمين الانسان
ملك نفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقوله قيل وهذه فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة
تلك بناء على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة
فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي يوسف وقوله والفرق لمحمد يعني على تقدير
ان تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة انه اي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي دينه من عينها اي ان
يكون عينها مقام ما له عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن
ليستوفي دينه من محل اخر فكان قابلا للرد بالضمان واخذ مثل حقه فيقتضي القبض ووجه البناء ما قيل ان
الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض للاستيفاء وههنا المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك
يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة لمكان الجودة فكذا في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه
ولكن جعل هذه المسئلة مبتداة اولى لانه وجد ههنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك
لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمه **وقوله** ولو انكسر الابريق كان
الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل
وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان اجبر عليه فاما ان يكون مع
ذهاب شيء من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن
يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق
بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن
العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به فلا محالة
خيرناه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن
قيمته من جنسه او خلاف جنسه مصوغا ويكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد
ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله كالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر
الفكاك مجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين ولا ان يفتكه مع النقصان تعين ان يفتكه
مجانا وهو متعذر رفضنا بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع

فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند الهلاك استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية
فطريقه أن يكون مضمونا بالدين انغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مضمونا مملوكا للمرتهن
وهو حكم جاهلي فكان التضمين أولى وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا وصوابه
أو الصحيح أو ما شاكل ذلك وقوله وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه بأن يكون الوزن
عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربا أو رديا
من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق أما عندهما
فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر الانكسار
بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدين
فكذا الانكسار وإنما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني
وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصياغة فيه عند أبي حنيفة يضمن
جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويملك خمسة أسداس الإبريق ويفرز
سدسه حذرا عن طريان الشيوع فإن الطارئ منه فيه كالقارن كما تقدم وعن محمد أن النقص بالانكسار وإن كان
درهما أو درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل
الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين وجه قول أبي حنيفة أن العبرة في الأموال الربوية
للوزن لا للجودة والرداءة فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من
وزن الدين فبعضه مضمون وهذا بمقدار الدين لا الزائد عليه وتقسم الجودة على المضمون والأمانة
فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة ولهذا لأن الجودة تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحال
أن يكون التابع أمانة وفي مسألتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لأن الفرض أن وزن الرهن مثل وزن
الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الأصل والفرق بين هذا
وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده
بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه
ووجه قول أبي يوسف أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة لأن الجودة متقومة في ذاتها
بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فإنه إذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون
بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث وإهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها
هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فأمكن اعتبارها ويصير خمسة أسداس
الإبريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون
يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه
ووجه قول محمد أن الوزن مضمون والجودة أمانة للمناسبة لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة
الأمانة في المرهون كذلك فيجعل الأصل في مقابلة البيع وإذا ظهر ذلك فإن زاد النقصان على الدرهمين
وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك في هذا الفصل عند الهلاك
يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار أن يكون مضمونا بالدين ويخير الراهن كما ذكرنا وإن
لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الأمانة وأثر من المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على
الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم أن الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وإنما الفاصل في
نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان وإنما وقع الدرهم والدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة في المسألة
مفروضة بذلك **قال** ومن باع عبدا إلى آخره وقوله ولم يبق معنى الكفالة والرهن

للجهالة

للجهالة يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط إنما كان بالنظر إلى معناه وإذا كان الرهن
غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لأن المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه
أو يعطي كفيلا غير ملي وليس في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد وقوله
ولو اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشترى
والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بثمنك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا
خلاف وقوله علم أن مراده الرهن لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك فإذا صرح
بذلك علم أن مراده الرهن **فصل** وجه تقديم هذا الفصل كون الرهن
متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الانفراد قوله وصار كالمبيع في يد البائع في أن المشتري
إذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فإن سمى لكل واحد من أعيان
الرهن شيئا كما لو رهن عبدين بألف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الأصل وفي
الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمى ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله ألا ترى توضيح
لذلك فإنه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في
الانتهاء وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكان رهن كل عبد بعقد على حدة
بخلاف البيع فإنها لا تتفرق بتفرق التسمية بدليل أنه لو باع عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل
المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الإجمال وهذا لأن البيع عقد تمليك والهلاك قبل
القبض فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن
يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما أنه
بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك إلى تفريق
الصفقة لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فإن قيل هذا في حالة الإجمال موجود
قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي
أحدهما ألفا وآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد
الراهن فكاك الذي قيمته ألفان بأداء ألف ويقول هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هذا
رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة وأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية
لا جهالة هناك تفضي إلى المنازعة فلهذا يمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين **قال** فإن
رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسألة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين وغيره ولا لكون الدينين
من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير لأن الكل في
ذلك سواء وقوله لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل هو منقوض
بما إذا باع رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فإن العقد فيهما أضيف
إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على
المناصفة والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين يوجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة
والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن يكون مملوكة لشخصين على الكمال فيجعل شائعة فيقسم عليهما للجواز والرهن
غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع
فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع منه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة
في جعل ذلك شائعا في الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله وكل واحد منهما في نوبته هو العدل في حق
الآخر يشير إلى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن وقوله لأن جميع العين رهن

في يد كل واحد منهما من غير تفريق اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه الى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا بهلاكه من نصف مالية الرهن فإن فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا **قال** وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا هذه عكس المسألة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجلان انه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد واحد أو في يد أحدهما فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الآن بقيم الآخر بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد واحد أو في يد أحدهما فإن كان في يد أحدهما فهو أولى إنه الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوت الدلالة وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكره فيها من القياس والاستحسان فالمحمد في الأصل فيه أي بالقياس يأخذ ووجهه ما ذكره في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثم يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف الى هذا أي الوجه الأول بقوله لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الى آخره وباقي كلامه واضح

باب الرهن يوضع على يد العدل

• لما فرغ من الأحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ومن يتبعه الرهن عند حلول الأجل ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لأن حكم النائب يقفو حكم الأصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الإسلام والتمرتاشي **قال** وإن اتفقا على وضع الرهن على يد العدل كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ إشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فإنه ذكر في المبسوط وشرح الأقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك فإن القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فإن ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل عليه أي على الراهن عند الاستحقاق فإنه يرجع على المودع لأن يده يد مودعه قوله ولنا ظاهر وقوله لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لأن العدل يضمن بحق ضمان الغصب والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به فإن قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لأن ذلك إنما يكون من حيث إنه أمره بذلك وذلك غير صحيح لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى محلا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن أن يمنعه منه وأما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه في الوضع على يد العدل ولا تأثير لذلك لأنهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض الراهن من العدل فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لأنه فسخ للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام العقد باقيا وقوله لا يقدر أن يجعل القيمة أي العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره قوله ولو تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية

اي يرفع

أي يرفع العدل أحدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الأمر الى القاضي أحدهما إما الراهن أو المرتهن وهو الظاهر ولو فعل ذلك أي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له أي للعدل لأن كل ذي حق وصل الى حقه الراهن والمرتهن الدين ولو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فإن القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في حق المرتهن وإن كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لأن العين لو كان قائما في يده أخذه اذا أدى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وإن استهلك يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فإن هلك في يده لم يضمن وإن استهلكه ضمن وإن كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بأن قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلك المرتهن أو هلك عنده لأنه دفع اليه على وجه الضمان **قال** وإذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح وقوله فليس للراهن أن يعزل الوكيل يعني بدون رضا المرتهن وقوله ألا ترى أنه أي عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله أي عقد الرهن وقوله لأنه أي عقد الوكالة لازم بأصله فكذا بوصفه وهو الإطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه وقوله لأن العقد أي لأن عقد الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة وأوصافه التي هي اللزوم وحق الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لأن الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلأن لا يبطل بموت العدل أولى وقوله والإرث يجري فيما له عليه ألا ترى أن الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وإن كان له دين على غيره ورثوه وقوله أجبر عليه يعني يحبس أياما حتى يبيعه فإن لج بعد ما حبسه أياما ما ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر وأما على قول أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال آخرون يبيعه لأن جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين جميعا أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه إبطال حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الأول ذكر في المبسوط أنه ظاهر الرواية وقوله إن الجواب في الفصلين أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك واحد أي يجبر فيهما ويؤيد إطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث قال فيه إذا أبى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أو لم يكن وكذلك ذكر في الأصل مطلقا **وقوله** وقد خرج من الرهن لأنه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا وإذا توى كان من مال المرتهن بنصيبه ما دل على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله وعدم القاتل قيمته يعني تكون القيمة رهنا مكان العبد المقتول لأن المالك وهو المولى يستحقه أي هذا الضمان من حيث المالية وإن كان مقابلا بالدم حتى لا يزداد على دية الحر فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له أن يضمن غيره أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف يكشفه وإيضاحه شكر الله سعيه سوى ألفاظ وضمائر فوضحها زيادة إيضاح وقوله صح الاقتضاء أي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله وإن ضمن البائع أي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن عليه أي على الراهن بشيء وقوله فإذا تبين أنه ملكه أي ملك العدل **وقوله** لم يكن راضيا به أي بأداء الثمن الى المرتهن وقوله فكذا أي فللعدل وقوله بطل الاقتضاء أي بطل قبض المرتهن وقوله وإنما أداه أي إنما أدى المشتري الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم قوله رجع على الراهن بالقيمة أي بالثمن وقوله لأن المقبوض

من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء على المرتهن اي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه
وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دين على الراهن وقوله لا يرجع به على المقتضى اي على القابض
وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا ابو بكر قول من لا يرى خيره
هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حتى فرق بين الوكالة المشروطة
في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة
على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم او القبض
يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله فلانه انتقض اقتضاؤه اي
قبضه لان الراهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله طعن ابي حازم يعني هذا السؤال طعن
به ابو حازم بالحاء المعجمة على محمد بن الحسن وابو حازم هو عبد الحميد ابن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله
والغرور بالتسليم كما ذكرناه يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من
المرتهن اليه اي الى الراهن كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيلا من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه
كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل والملك بكل ذلك اي بكل واحد من التسليم والانتقال متاخر عن عقد
الرهن اما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين انه رهن غير ملكه واما الانتقال فلان المرتهن
غاصب في حق المستحق واذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فملكه من
جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك
الراهن متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق راس مال المضاربة وضمنه المضارب
فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع
بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متاخر عن العقد لان المضاربة عقد
غير لازم وكل ما كان كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه انشاء العقد بعد الرجوع فنفذت
بخلاف الرهن فانه لازم فليس لدوامه حكم الابتداء **وقوله** بخلاف الوجه الاول يعني ما اذا ضمن المستحق
الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين انه رهن ملك نفسه
وقوله وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن
وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن
بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق
بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته

على غيره التصرف في الرهن والجناية على غيره انما يكون بعد كونه رهنا وكان متاخرا طبعا فاخره وضعا
قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم ياذن او لم يعلم
به وقد اختلف عبارات محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف
وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسخه اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله
جائز محمول على ما اذا اجاز وسلمه وذلك لان من تصرف في ماله تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن
اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع
باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب
وقوله هو الصحيح احترازا عما روي عن ابي يوسف انه اذا شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان
رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط

وان فهم

وان فهم نفي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم
وقوله ولو باعه الراهن يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف
كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز
الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن الا ترى انه قد يرهن ليباع فاذا ما اجاز المرتهن وسلم اليه نفذ
وياخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية
المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم يصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع
الاول وان كان سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء
وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى
هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجاز المرتهن كان الثمن رهنا عنده وكان ذا حظ من العقد الثاني لتعلق
بدله فيصح لعينه واذا اجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود جاز البيع الاول
وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها ان كان فيه بدل
لكن ليس عما تعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة في ما ليته العين دون المنفعة واذا لم
يكن له حظ لم يصح لعينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف عن اشتراط
التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما **قال** فلو اعتق الراهن اذا اعتق
الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان او معسرا وللشافعي اقوال ثلاثة النفوذ
وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر بتنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع
بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه مخاطب
اعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض او الآبق او المغصوب
فانه يشارك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضي
متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه تصرف صدر عن اهله ولا نزاع فيه مضافا
الى محله لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب للملك قبل الرهن واما
انتفاء المانع فلان عارض الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن
كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فبقي العين
على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقدرته بالاعتاق صح وبزوال ملك المرتهن في
اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى
وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العقد فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل ليس المانع
منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع لانعدام قدرة العاقد على
التسليم المشروط لصحة العقدين وليس بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واعتاق الوارث
جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض اوصى برقبة
عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذه لحق الموصى له فكذا يجب ان يكون
في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما
فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق
المقتضي وانتفاء المانع نفذ العتق واذا انفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر
وقوله الا اذا كان بخلاف جنسه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه
لا يقضي به دينه بل يبدله بجنس حقه ويقضي به دينه **وقوله** لانه لما تعذر الوصول ذلك

وجوب السعاية على العبد وقوله بذكره يعني في هذه المسألة استيلاد الامة المرهونة وقوله وعندهما لكمله يعني
وان اعتق عبدهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا ادعاها كمل العتق وقوله الادوا
عن ابي يوسف فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا يعني ان
الرهن اذا هلك في يده كان ملكا من حيث المالية وباقي كلامه ظاهر **قال** ولو دبره الراهن
صح تدبيره الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته
لم يمنع فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع ولا يبطل حق المرتهن وقوله واذا صحا يعني
التدبير والاستيلاد خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله
حكم الرهن كما مر انفا وكلامه واضح وقوله ولذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان
كان موسرا ضمن قيمتها والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيده بذلك احترازا عن استهلاك
المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما يجي وقوله كانها هلكت بآفة سماوية يعني تكون الزيادة
مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن تعليل ذلك فان قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر
وانه لا يسقط من الدين شيأ واجيب بان العين قد تغيرت فكانت مضمونة ولو كانت باقية ترجع الى ما كانت
عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية وقد ثبتت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من
الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم يتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير نقصان
فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقصت من الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله
واذا اعار المرتهن الراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها
غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير اطلق الاعارة وقوله للمنافاة
بين يد العارية ويد المرتهن ويده لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب
الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كانت يد
الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يده
الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن والزمنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو مخصوص لا يرد وجوابا
انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح وفي غاية التحقيق شكر الله
سعيه **وقوله** لما قلنا اشارة الى قوله للمنافاة بين يد العارية ويد الرهن وقوله وهذا الذي مر ما
ذكرناه من اعارة احدهما باذن الاخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه التصرفات
ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان
المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال او اجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة
حكم العارية كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة فالمستاجر ان كان هو الراهن
فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعاره او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض
للاجارة او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الاخر واما من الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه
يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن **قال**
ومن استعار اي من استعار ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول
فما رهنه المستعير به من قليل وكثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات
ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان اشتراك ان تقضي دينا عليه بما له فان قيل
اعتباره غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب الانفصال غير مانع لعدم
استلزام احدهما الاخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين شرعا كالصبي فانه تثبت له ملك

العين

العين دون اليد ودون الا كالبائع بشرط الخيار فانه يزول ملك اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان
يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين قوله لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة من
التسليم والتسلم فانها هي المفسد للعقد فصار كما اذا اعاد ثوبا واطلق وان كان الثاني سواء كان التقييد
بالقدر او الجنس او المرتهن او البلد ضمن القيمة لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير اذنه فان كان التقييد
بالقدر ففي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه عند احتياج الى فكاكه
وهو اقل المالين فالزيادة زيادة ضرر وفي النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر المالين ان هلك الرهن
عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ثم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن باقل
وكلامه ظاهر وقوله ووجب مثله اي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل
قيمة الثوب ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق
المستعير المعير فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله ولذلك قوله لما
بيناه اشارة اليه وقوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل بيانه ولعله
من الجبران يعني جبر المنافات عن الراهن من القضاء بنفسه وقوله ولهذا يرجع على الراهن قال في
النهاية ليس يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر القيمة
لا ما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان
يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف
لانه وضع المسألة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بيناه الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله
ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال
المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكرنا والبينة للمعير لانه يدعي
عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهن
الثوب بدينه ثم ادعى ما يبرئه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب
اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا
في نسخة ثم اتى على الفتح وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب
بالواو لان في لفظة كما تخالف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف
يصح التشبيه وقوله في انكار اصله يريد عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو
استرد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته
وقوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه واضح وقوله في اخره اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود
الاصل يعني بتسليم الرهن الى المرتهن سعى في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن
بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن او بعد فكاكه
فليس ثمة تحصيل مقصود الامر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان
ثمة الرد الى باب المعير وهو المستعير نفسه وقد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك
مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق قبل الرهن كانه رد الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه لانه
وهذا الذي اختاره المصنف وهو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شمس الاسلام فهو ان
المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه هذه المسألة **قال** وجناية الراهن
على الرهن مضمونة معناه واضح وعنى بالاتلاف ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده وبالاحترام هو ان
غيره ممنوع عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان يكون الجناية

في النفس او ما دونه خطأ واما ما اوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله لما ما لو فائدة يعني اما وجه
المسألة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما
يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره
وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه لو وجب عليه شيء لكان واجبا له عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب
اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان واجاب المصنف بما في الكتاب بخلاف الجناية
الموجبة القصاص فان المستحق بها دمه والمولى اجنبي عنه موضحه ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة
للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال يصح واقرار العبد على عكس ذلك ولما في الخلافية ان الجناية حصلت
على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك توجب الضمان كما اذا حصلت على
اجنبي اخر فان قيل ما ثبته محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار فائدة
وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان فيسقط حقه في الدين فان بقاءه رهنا وجعله بالدين لا يثبت
له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك
يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله فدفعناه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه
لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وتخلصه المشاكلة فانه وان كان رهنا فبلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه
في صحبته او التغليب يسماه دافعا وتناه ولو ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت
في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع والفداء الى الراهن فكان حكمها الدافع او الفداء له وعليه في حق شخص واحد
ولا فائدة في ذلك **وقوله** وان كانت القيمة اكثر من الدين بان كانت العين والدين الفا واتلفا
متاع المرتهن يقال للراهن اما ان يقضي نصف دينه او يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء يباع العبد
ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن اخذ الراهن بنصفه والمرتهن بنصفه
لانه بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان
قضى النصف زال الدين وبقي العين رهنا بحاله وهذا اوجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في
الكتاب وهو واضح وقوله وهذا الى ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا بخلاف جناية الرهن
على ابن الراهن او المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصارت كالجناية على الاجنبي
قال ومن رهن عبدا الفا بالف نقصان القيمة بتراجع السعر لعدما قبض الرهن لم يعتبر
فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص جبره وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد
المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حتى لا يزداد على دية الحر نتيجة قوله كان دما بلا بالدم وقوله لان
المولى استحقه دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله او يقول دليل اخر اي لا يمكن ان يجعل المرتهن
يجعل المرتهن مستوفيا لان الف الدين بالمالية التي غرمها الحر يقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه
لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان صور
المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقيل حر العبد الذي
قيمته مائة وقيل عند العبد المرهون ودفع به واقوال العلماء فيها ايضا ثلاثة اما عند ابي حنيفة
وابي يوسف فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما بجميع الدين بلا اجبار
وقول محمد بالاجبار رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان يأخذ الرهن
بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما تذكره وقول زفر ان حكم الصورة
الاولى والثالثة واحد في ان الراهن يفتكهما بالمائة ويسقط عنه تسعمائة قياسا على الصورة الثانية
فان حكمها ان التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول

الاجل

الاجل ووجوه هذه الاقوال المذكورة في الكتاب وهو لهما ان ما يعتبر صورة ومعنى اما صورة فظاهر
واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الادمية دون المالية الا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذا
في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات
الناس الى اخره وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع
مكانهما فان المشتري يتخير بين ان يأخذه بكل الثمن وبين ان يفسخ المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه
بين ان يأخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه مشروع يعني بقوله
عليه السلام لا يغلق الرهن قلنا قوله ولو كان العبد يتراجع سعره فهو على هذا الخلاف قيل في بعض
الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسألة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه بالصورة الثالثة
فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك يوطن بمثل صاحب
الهداية الذي جار في قصبات السبق في مكان التحقيق وانما الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر
لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه كما ذكرنا وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار ثمه
واذا قتل العبد الرهن قتلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين سواء
اما اذا كانت القيمة اكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل
له بعوض كان على المرتهن يعني واذا كان على المرتهن وفداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما ادى
الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن على ما للراهن دين فالتقيا قصاصا فسلم الرهن للراهن
ولا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن **وقوله** وحق ولي الجناية
بالجر معطوف على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى
لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى
اي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من قام مقامه
وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله
لما بيناه اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله وان شاء باع ان اختار الراهن الفداء او المرتهن
الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وكذا جانب المرتهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية وله الرهن
وقوله لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع يعني اي ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما
وايهما كان يسقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله وان كان غايبا ذكر في
الاسرار ان المراد به الغيبة المنقطعة وقوله هذا قولهما ابي حنيفة وما بعده هو الموعود بقوله
وسنبين القولين وما بعده واضح الى اخره

فصل

هذا الفصل للمسائل
المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره
فهو رهن بعشرة وان نقص يسقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الغائب مجرد الوصف وبقي
في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عنده وانما يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين
وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد بين ان يفتكه
ناقصا وبين يجعله بالدين كما في الفك اذا انكسر فقوله تساوي عشرة وقع اتفاقا وقوله لان ما يكون محلا
للبيع ابتداء يصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن والقابل ان

يعني ان الرهن كالبيع
في الاحتياج الى المحل
فيعتبر محله بمحله
والخمر لا
يصلح
محلا
للبيع

يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه
بانه لذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تبدل الحال حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل
واعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية

أن يحلل فكذلك وإليه يلوح إطلاق المصنف حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وإن لم يتخلل بنفسه فله
للمرتهن أن يخلله أو لا فيه تفصيل إن كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليله لأن المالية وإن تلفت بالتخمر
بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن إعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك
وإذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم فلأن يجوز في المرتهن الكافر أولى لأنها محل بالنسبة
إليه وأما إذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ والدين على حاله لأن صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس
للمرتهن المسلم تخليلها فإن خللها صار ضامنا قيمتها يوم خللها لأنه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل
له وتقع المقاصة إن كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله
فهو رهن بدرهم يعني إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن
بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة فإن كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة
تسعة جعلت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا إذا
كانت القيمة مثل الدين فإن كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية **قال** ونماء الرهن للراهن
الأصل أن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد إذا كانت صالحة لأحكامها والرهن منها
لكونه حقا لازما واللازم هو القار والقار إنما يكون ثابتا في محله الأم ولا ينفرد من عليه بإبطاله كحكم الـ
حرية وتدبير ومكاتبة وإنما قيدنا بذلك ليخرج كفالة الحرة فإنها ما تسري إلى الأولاد والزكاة لعدم
كمال الحول لذلك فإنهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الأمهات وليخرج ولد الجانية فإن من عليه
ينفرد بالإبطال باختيار الفداء وإنما قيدنا الأولاد بصلاحيتها لأحكام الأوصاف ليخرج ولد المغصوبة
والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لأن الأولاد حين الولادة لم يصلح لأحكام هذه الأوصاف
أما في غير الغصب فظاهر وأما في الغصب فلأن الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد
وإذا ظهر هذا فاعلم أن نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لأنه متولد من ملكه
ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له فإن في الأصل وصفان لازمان الملك وكونه رهنا فيسريان إلى الولد
فإن هلك الولد هلك بغير شيء لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل وبقاء الأم افتكه الراهن بحصته
يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض إذ لم تكن مقصودة لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ التبع
لم يقابلها وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض
لأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لأنه إنما صار مضمونا بالفكاك إذ لو هلك قبله هلك مجانا
والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كالولد المبيع فإنه يكون له حصة من الثمن إذا صار مقصودا بالقبض
والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فتخص شيئا من الدين فما أصاب الأصل يعني ما ذكرنا من قسمة
الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك تخريج وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرضنا عنها وقد بيناه في ذلك وقوله
فيصح تعليقهما بالشرط يريد بالشرط قوله مما حصلت فإن كلمة ما معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله
لأنه أتلفها بإذن المالك فيه إشارة إلى أنه لو أتلف بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهنا مع الشاة وكذلك
لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن يسقط من الدين بقدره لأنه يقابله بالأصل ومقصودا لما أنه
إنما افتكه الراهن به **قوله** ومورد المسائل على هذا الأصل **قال** ويجوز الزيادة
في الرهن الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوبا بعشرة تساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون
مع الأول رهنا بالعشرة جائز عند علمائنا رحمهم الله والزيادة على الدين لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما
الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف
معهما في الرهن والثمن والمهر والمنكوحة وهو أن يزوج المولى أمته من رجل بألف ثم زوج

أمة

أمة أخرى بذلك الألف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الألف عليهما وذكر في الأسرار وطريقة العز
وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا يجوز
الزيادة في المنكوحة أن يكون يقول المولى زدتك أمة بذلك المهر أما لو قال زوجتك هذه الأمة الأخرى
بذلك المهر لزم أن يصح وقوله ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة يعني من الدين الذي هو ألف فيكون
نصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة لم يصح وقوله والالتحاق بأصل العقد
إفساد للشائع الذي ذكره أبو يوسف وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد إنما يتصور إذا كانت
الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك أما أنه غير معقود عليه
فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فإنه معقود عليه فإنه لو لم
يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله وتسمى هذه زيادة قصدية يعني بخلاف نماء الرهن فإنه
ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله وإذا ولدت المرهونة ولدا يعني إذا رهن
جارية بألف تساوي ألفا فولدت ولدا يساوي ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا
وهو أيضا يساوي ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الأم فينظر إلى قيمة الولد
يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد
يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض فإن مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه إذا هلك خرج من العقد
وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم قسم الدين
على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن
الزيادة دخلت مع الأم فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الأم خاصة
فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لأن هلاك الأم لا يوجب
سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء
وكان العقد في الأم ولا ولد معها **قال** فإن رهن عبدا كلامه واضح وقوله
على ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل أن تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر
هو أن يقول إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وقبله سواء
ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكره في الكتاب أن الرهن مضمون
بالدين أو بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أي بسببه ولا جهته
لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فإن قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فإنه إذا طلبه
الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فإنه يضمن وقد سقط الدين أجاب بقوله إلا إذا أحدث منعا
لأنه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق
بقوله أنه بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي
لزم الدين به إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة بمثله فيفضي إلى الدور
وقوله فأما هو يعني تعذر الاستيفاء فأما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتأكيد فإذا هلك
يعني الرهن يتعذر الاستيفاء الأول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر
الاستيفاء وقوله وكذا إذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى **وقوله** لأنه أي لأن كل
واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن إن كان باقيا أو قيمته إن هلك في يده
قبل الرد وقوله لأنه بمعنى البراءة بطريق الأداء إشارة إلى الجواب الأول عما يقال ذمة المحيل
تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء فيهلك أمانة ووجه ذلك ما أشار إليه أن

الحر والعبد وإن كانت إبراء لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط لأنه يؤول به إلى نقد الحوالة إلى آخره
وقوله لأنه يعني المحال بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وقوله وكذا لو تصادقا على أن لا دين
ثم هلك الرهن واختار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من قال إذا كان التصادق بعد هلاك
الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فإن وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا
فأما إذا كان قبله هلك أمانة لأن بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين
ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه
لجواز أن يتذاكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فيكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب
وقوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لا يتأتى ثم إلى ههنا مفوض على جواب الاستحسان
في صورة الإبراء والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لأن الرهن لصيانة المال وحكم
الجناية لصيانة الأنفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن أجزيتها محاسن الحدود
والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر ومن جنى عليه سوءا وهو عام إلا أنه في الشرع
خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والأطراف والأول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة
والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال القتل على
خمسة أوجه القتل الذي يتعلق به حكم من القصاص والدية والكفارة والحرمان إن أدى خمسة أوجه وذلك
لأنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة أحدها ولا المذكورة وقال صاحب
النهاية لا يخلو إما إن حصل بسلاح أو بغير سلاح فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما إن كان به قصد القتل أو لا
فإن كان فهو العمد وإن لم يكن فهو الخطأ وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما إن كان معه قصد التأديب والضرب
أو لا فإن كان فهو شبه العمد وإن لم يكن فلا يخلو إما إن كان جاريا مجرى الخطأ أو لا فإن كان فهو هو وإن لم
يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الاعتبار يعرف أيضا تفسير كل واحد منها وضعفه وذكره ظاهرا أن
وقوله وما أجري مجرى السلاح يعني في تفريق الأجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب والحجر
وقد تقدم وقوله وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما قال عليه السلام في خطبته بعرفات إلا أن
دماءكم وأموالكم محرمة عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في عامكم هذا ومنها قوله صلى الله عليه
وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم وقوله والقود يعني القصاص معطوف على
قوله المأثم أي موجبه القود لقتل العمد الإثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم
القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ لكنه يقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله
عليه وسلم العمد قود أي موجبه والحديث مشهور ولأن الجناية بها أي بالعمدية تتكامل وقوله لا شرع لها
دون ذلك أي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقريره أن العمدية تتكامل وقوله لأنها
الجناية وكل ما تكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله العقوبة المتناهية لا شرع لها
دون العمدية وذلك ظاهر وقوله ثم هو يعني القود وقوله وهذا لأنه تعين مدفعا للهلاك يعني
لأن القاتل في الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا يستبقيه ويلقي نفسه في التهلكة فيحرم عليه
شرعا ولنا ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في الخطأ
الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيما هو ضد الخطأ وهو العمد ولما تعين العمد لا يعدل عنه بلا
الزيادة على النص بالرأي ووجه التمسك بالسنة أن الألف واللام في قوله العمد قود للجنس إذ لا معهود
فينصرف إليه ففيه تنصيص على أن كل جنس العمد ذلك فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص ابن عباس

رضي الله

رضي الله عنهما في قوله العمد قود لا مال فيه إلى ذلك ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا في القتل
العمد لعدم المماثلة لأن الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فأنى يتماثلان بخلاف القصاص
فإنه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الإحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبر الورثة
فيتعين فإن قيل كيف صلح موجبا في الخطأ والفائت فيه مثل الفائت في العمد أجاب بقوله وفي الخطأ
وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب
المال والآدمي مكرم لا يجوز إهداره دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في معناه
حتى يلحق به وقوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال جواب عن قوله لأنه تعين مدفعا للهلاك وذلك
لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا التوهم موجود فيما أخذ المال
صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه
وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام
وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر
للولي وذلك بتمكينه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة
المشهورة على ما ذكرناه وأن القصاص بمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور
فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد لأنهم كانوا لا يأخذون الأكفاء
عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول فكان
إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجز
المصير إلى غيره بغير ضرورة في مثل أن يعفو أحد الأولياء فإنه يتعذر الاستيفاء حينئذ أو أن يكون محل القصاص
ناقصا بأن يكون يد قاطع اليد أقل أصبعا أمثال ذلك وقوله لا كفارة فيه عندنا أي في القتل
العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي يجب لأن الحاجة إلى
التكفير في العمد أمس منها إليها في الخطأ لأنها لستر الذنب والذنب في العمد أعظم ولنا أنه كبيرة محضة
وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة كذلك وموضعه أصول الفقه وقوله ولأن
الكفارة جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فإن قيل هب أن القياس لا يصح فليلحق دلالة لأنهما تماثلا
في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية إذا قتل الصبي عمدا فإنه كقتله خطأ فالجواب أن المماثلة
ممنوعة فإن ذنب العمد مما لا يستر لعدم صلاحيتها لعلتها كما مر فإن قال قد دل الدليل على عدم
اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الأسقع أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد
استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار وإيجاب النار إنما يكون
بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمناه لكنه
لا يعارض إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فإن الفاء تقتضي أن
يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف قال وشبه العمد
عند أبي حنيفة • اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد
أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجري مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرة
ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا
كالعصا الصغيرة إذا لم يوال في الضربات وأما إذا والى فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض
فالاسم هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمدية وإلا لكان عمدا واقتصاره إنما يتصور في
استعمال الآلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فإنه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه

لا في استعمال آلة لا يلبث فإنه لا يقصد باستعمالها إلا القتل، ولأبي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل الحديث رواه النعمان ابن بشير رضي الله عنه، ووجه الاستدلال أنه عليه السلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه العمد وتخصيصه بالصغيرة إبطال للإطلاق وهو لا يجوز، ولأن العصا الكبيرة والصغيرة تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا، وإذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه العمد فكذا بالكبيرة، وقوله وموجب ذلك أي موجب شبه العمد على القولين يعني قول أبي حنيفة وقولهما الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب على ما مر من تفسيره، والكفارة لشبهه بالخطأ، والدية المغلظة على العاقلة، والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة، احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحا فيه على الدية وقتل الوالد ولده عمدا أو عن إقرار القاتل بالقتل خطأ، وقد كان قتله عمدا فإن في هذه الصورة تجب الدية على القاتل في ماله. **وقوله** لقضية عمر يعني ما روي عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه مما لا يعرف بالرأي، وقوله والحجة عليه ما أسلفناه قيل أراد به قوله صلى الله عليه وسلم ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا الحديث، ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول ما رويناه، والحق أن يقال إنما قال أسلفنا نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول. **قال** والخطأ على نوعين، إنما انحصر الخطأ في النوعين لأن الرمي إلى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي، فإن اتصل الخطأ بالأول فهو الأول، وإن اتصل بالثاني فهو الثاني، وقوله لما بينا إشارة إلى قوله وتجب في ثلاث سنين بقضية عمر رضي الله عنه، ولا إثم فيه في الوجهين أي النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ الحديث، وقوله ويحرم عن الميراث لأن فيه إثما بدليل وجوب الكفارة، والحرمان من أنواع القتل فيما هو جناية فلا على المورث تضمنت تهمة الاستعجال لنيل الميراث، وهذا كذلك لاحتمال أن قصده إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه، وقد ذكرنا ذلك في تخريج الرسالة، وتخصيص الصوفي في الفرائض مسوق في تأبيد الله تعالى، وقوله بخلاف ما إذا تعمد متصل بقوله وموجب ذلك، تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود، ولو أراد يد رجل فأصاب عنق غيره فأبانه فهو خطأ، وأجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لأن النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ إلا أنه كالخطأ في الأحكام لأن المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله، وقوله لأن الشرع أنزله قاتلا يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان، ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به، وإنما ألحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق غيره على الأصل، فإن قيل الحافر في غير ملكه يأثم وما فيه إثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ، أجاب بقوله وهو وإن كان يأثم بالحفر في غير ملكه يعني الإثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فإن إثمه إثم الحفر لا الموت. **وقوله** وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد أو خطأ، لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراه، وأما ما دونه فإنه يقصد إتلافه بغيره كما يقصد به، ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة، والله تعالى أعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل

ذلك

ذلك في باب على حدة. **قال** القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد، هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص، وحقن الدم منعه أن يسفك، وقوله على التأبيد احتراز عن المستأمن فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزيلة للمساواة المبني عليها القصاص، ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود، ومن أن الجناية بكمالها، وفيه بحث من أوجه: الأول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب، الثاني أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لأن أي ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله، الثالث أنها مفقودة لمسلم قتل ابنه المسلم فإنها موجودة فيه ولا قصاص، الرابع أن قيد التأبيد لثبوت المساواة وإذا قتل المستأمن مستأمنا وجب القصاص للمساواة، والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو، وعن الثاني أن المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض لا معتبر، ورجوع الحربي أصلي لا عارض، وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الأبوة، وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس، وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى، وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا، وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود، وذكر قول الشافعي ووجهه واضح، وقوله وهو أي العصمة بالدين عنده أو بالدار يعني عندنا، والحر والعبد يستويان فيهما فيجري القصاص بينهما، فإن قال قائل جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره، أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا إذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك، وقوله والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل به من المقابلة في الآية، ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى والأنثى بالأنثى فإنه لا ينفي الذكر بالأنثى ولا العكس بالإجماع، وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول، وذلك أن ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعي فضلا على الأخرى اقتتلتا فقالت [illegible] بالعبد منا [illegible] العبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم [illegible] بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة [illegible] فلا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا [illegible] بينهما [illegible] بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمد العصمة وقد تساويا فيها على ما مر، والمسلم والذمي فيه سواء، [illegible] اختلف العلماء في ثبوت القصاص للمسلم بالذمي فذهب عامة العلماء إلى عدمه، وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى ثبوته، وهو مذهب النخعي والشعبي، واستدلوا بما روى أبو جحيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندكم من رسول الله سوى القرآن قال لا والذي خلق الحبة وبرأ النسمة إلا أن يعطي الله عبدا فهما في كتابه وما في الصحيفة، قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الأسير ولا يقتل مسلم بكافر، [illegible] أن القصاص [illegible] وقت الجناية [illegible] القاتل [illegible] الذمي [illegible] ولنا ما روى محمد بن الحسن عن إبراهيم [illegible] أن رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أحق من وفى بذمته ثم أمر به فقتل [illegible] البيلماني وهو ضعيف، قال صالح بن محمد الحافظ البيلماني [illegible] منكر [illegible] أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو حديث منكر، وقال الدارقطني ابن البيلماني ضعيف لا يقوم به حجة إذا وصل فكيف إذا أرسل

والجواب أن الطعن بالإرسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الأصول ولأن القصاص
معتمد للمساواة في العصمة وهي ثابتة نظرًا إلى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا فثبت قوله والكفر
مبيح قوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره أنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح بل
المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله إلى قوله حتى يعطوا الجزية قوله والقتل
بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة أي قتل الذمي بالذمي على أن كفر الذمي لا يورث الشبهة إذ قتله مسلم
قلنا فيكون قتل المسلم معصومًا كالمسلم فيجب القصاص وقوله والمراد بما روي جواب عما استدلوا
به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي
لم يكن مفردًا ولو كان مفردًا لاحتمل ما قالوا ولكن موصول بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده وإليه
أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة
فيكون كلامًا تامًا في نفسه وليس كذلك لأدائه إلى أن لا يقتل ذو عهد مع عهده وإن قتل مسلمًا وليس بصحيح
بالإجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون
ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالإجماع فيقدر بكافر حربي وإذا لا بد من تقدير حربي ليقيد
في المعطوف عليه كذلك وإلا لكان ذلك أعم والأعم لا دلالة له على الأخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا
لا يكون دليلا هذا خلف باطل فإن قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتالهم واجب بالنص
من وجهين أحدهما أن المسلم دخل دار أهل الحرب بأمان فقتل كافرًا حربيًا فهو حرام لكن لا يقتص منه والثاني
أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسألة من معارك الآراء الأطايل
تطويلها فليقتصر على ما ذكرنا قوله ولا يقتل يعني المسلم بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد كما تقدم
في أول الباب ولأن كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع إلى داره فكان كالحربي وكذا لا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذو عهد في عهده وليس
لأن المعهود منه في مثله لما روينا ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون
مستأمنًا أو محاربًا وهو الحق وتعيينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وغيره قوله لما بينا
لأن التقدير المذكور ليس بمروي وإنما هو رأينا وبل فلم يقل لما روينا وقوله للعمومات يعني الآيات التي تدل بعمومها
على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله ولأن في اعتبار التفاوت إلى آخره يتضح بجميع ما احتج فيه الشافعي
رحمه الله **قال** ولا يقتل الرجل بابنه أي لا يقتل الإنسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد
الوالد بولده وهو معلول بكونه سببًا لإحيائه وهو وصف مؤثر ظهر أثره في جنس الحكم المعلل فإنه لا يجوز
أن يقتل والده وإن وجده في صف الأعداء مقاتلًا أو زانيًا وهو محصن فيجوز أن يتعدى به الحكم
من الوالد إلى الجد مطلقًا وإلى الأم والجدات لذلك فإنهم أسباب لإحيائه فلا يجوز أن يكون سببًا لإفنائهم
قوله والقصاص يستحقه المقتول جواب عما يقال الوارث يستحق إفناءه لا الولد فلا محذور فيه ولو قال
فمن المحال أن يستحق لعنايته لا يستغني عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله إن ذبحه ذبحًا يقاد به لانتفاء
شبهة الخطأ من كل وجه بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين فإن فيه توهم التأديب لأن شفقة الأبوة تمنعه
عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المصنف وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله وطولب بالفرق بين هذا
وبين من زنى بابنته وهو محصن فإنه يرجم أجيب بأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال
فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه لأن حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك صار شبهة في الدرء
وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنه سبب لإحيائه وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يقتل وتقوى
وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعني بلا [illegible] يتوجه ذلك على ابتداء إذا قتل الأب عبد ولده قوله ومن

ورد

ورث قصاصًا على أبيه يعني مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلًا وقوله ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف يعني إذا أو
القتل الموجب للقود لا يستوفى إلا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله ينظر إن كان قتل بفعل مشروع مثل
إن قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فإن مات وإلا حز رقبته وإن كان بغير
مشروع كأن سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لأن مبنى القصاص المساواة وذلك
فيما ذكرنا لأن فيه مساواة في الأصل والوصف أي الفعل والمقصود به ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود
إلا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحًا فإن قيل يحتمل أن يكون المراد
لا قود يجب إلا بالسيف أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعًا والحمل
عليه مجاز باعتبار ما يؤول إليه وهذا اختيار صاحب الأسرار وفخر الإسلام فقد تم ولا قود يجب إلا بالسيف
واستدل به لأبي حنيفة في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه في التقرير وقوله ولأن فيما
ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لأن مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود
المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لأن فيه الحز بعد فعل مثل
ما فعل به وإنه غير جائز لأدائه إلى انتفاء القصاص فيجوز التحرز عنه كما في كسر العظم فإن من كسر
عظم إنسان سوى السن عمدًا فإنه لا يقتص منه وإذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلأن
يجوز ترك البعض أولى **قال** وإذا قتل المكاتب عمدًا وليس له وارث إلا المولى إذا قتل
المكاتب عمدًا فلا يخلو إما أن ترك وفاء أو لم يترك فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون له وارث غير
المولى أو لا فإن كان الثاني فللمولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا أرى
في هذا قصاصًا واستدل بما ذكر في الكتاب وكأنه حام حول الدرء بالشبهات ولهما أن حق الاستيفاء
للمولى بيقين إلى آخره وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة لاختلاطها عند ترجح الاعتبار لأن
السببين إذا رجعا إلى شخص وحكمهما لم يختلف صار كسبب واحد للحكم وأما إذا رجعا إلى شخصين كما
لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسألة المستشهد بها فيمكن أن تكون معتبرة وإن كان له
فلا قصاص وإن اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكره لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت
الحرية أو الرق فإنه على قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حرًا إذا أدى بدل الكتابة
فيكون الاستيفاء للورثة وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدًا فيكون استيفاء القصاص للمولى
بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها وإن كان الثاني وهو ما إذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكرنا
ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له وتركه إرفاقًا لعدم الفائدة في ذكره لأن حكمه حكم
المذكور في الكتاب **وقوله** بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لأن ملك
المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله وإذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلأبيه وهو جد
المقتول الاستيفاء لأنه من باب الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها أي إلى النفس وهو تشفي الصدر
فيليه كالإنكاح ولا يتوهم أن كل من ملك النكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون
القصاص لأنه شرع للتشفي وللأب شفقة كاملة تعد ضرر الولد ضرر نفسه فيحصل ما يحصل له من التشفي
كالحاصل للابن بخلاف الأخ وله أي لولي المعتوه أن يصالح لكن على قدر الدية فإن نقص يجب كمال الدية
لأنه أنظر في حق المعتوه وقوله لما ذكرناه إشارة إلى قوله لأنه من الولاية على النفس وقوله لأنه ليس له
ولاية على نفسه أي نفس المعتوه وهذا أي الاستيفاء من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق يريد قوله
والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك وقوله إن الوصي لا يملك القتل يعني عن النفس وأما عما دونها فيملكه
وقوله وإنه أي المال يجب بعقده أي بعقد الوصي **قال** ومن له أولياء إذا كان أولياء القتيل

صغارًا أو كبارًا فإمّا أن يكون فيهم الأب أو لا فإن كان فللكبار الاستيفاء عند علمائنا بالاتفاق وإن لم يكن فكذلك
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى تدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكره ووجه أبي حنيفة
مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغائب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فإنه في الغائب
موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يؤيس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة وإذا
انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب وهو القرابة ثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الإنكاح واعترض
بأنه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كما لو تعدد القتيل وعفى أحد الأولياء فإن لغيره
ولاية الاستيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال
فسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما إذا تعدد القتيل فإن الحق ثمة متعدد فلا يلزم من
سقوط بعض سقوط غيره وقوله ومسألة الموليين ممنوع جواب عن قوله أو كان بين الموليين وسند منعه
ما ذكر في الأسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل وله موليان فيجوز أن يقال لا نسلم أن أحدهما
لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فأحد الموليين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه لأن بعض
الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وقوله
ومن ضرب رجلا إلى آخره واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وكما بيناه إشارة إلى قوله يفعل به كما فعل
إن كان فعلا مشروعا وقوله لهم أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي بالحديث
واستدلالهما بالمعقول وقوله ولا مراء في العصمة أي لا شك فيهما وقوله ومنه المقصد تحليل الحلم الذي
به وهما حلمان وقوله وما رواه غير مرفوع لأنه يلزم على قوله التحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم
لا تعذبوا أحدا بعذاب الله أو هو محمول على السياسة **وقوله** وقد أومت أي أشارت إليه إلى كونه
محمولا على السياسة أضافه إلى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله واختلاف الروايتين خبر موضوع
على الابتداء وقوله في الكفارة خبره يعني أن اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنما كان في الكفارة
فإنه روي عنه أنه لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فإنها واجبة عنده من
غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون على التأبيد عمدا أو عدم ما نطا حكمه يعني من عفو أو
ونحوه وقوله وإذا التقى الصفان ظاهر وقوله أحد نوعي الخطأ يريد به الخطأ في القصد وقوله وكذا الدية
منصوب عطفا على الكفارة وقوله على ما نطق به النص يريد قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله
ولما اختلفت سيوف المسلمين أي توالى روي أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي
في غزوة خندق فقتلوه على ظن أنه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة
وقوله ومن شج نفسه واضح **قال** وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان
لمكان الاستحالة وقوله والثاني وقوله يغسل ويصلى عليه أثر كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار
كأنه مات حتف أنفه بمرض من غير فعله في نفسه وقوله ولا يصلى عليه لأن جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي
وقوله فلم يكن هدرا مطلقا متعلق بهدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح

فصل

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص وهي
كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله يطرد منه أي أهدر وقوله والمعنى أي ومعنى الوجوب دفع الضرر
لأن الواجب هو دفع الشر على أي وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا إشارة إلى ما ذكر من الحديث والمعقول وقوله
وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة يعني إذا صالا على إنسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله
فأشبه المكره يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى المكره فكذلك المصول
عليه وقيل معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله وقوله قابل دون مالك أي لأجل مالك وقوله فكذا

استردادا

استردادا في الانتهاء لأنه أسهل من الابتداء

باب القصاص في الأطراف

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح وقوله
ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني
المشجوج ولم تأخذ من الشاج رأسه فإن الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش
الموضحة لأن المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص بمقدارها تقل شين الشاج وبأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه
فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته وترك الصورة وإن
شاء أخذ أرشها وقوله على ما قال في الكتاب يعني القدوري وهو ما روي عن الصحابة رضي الله عنهم روي
أن هذا أحدث في زمن عثمان فسأل عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي فقضى بذلك وعمل عليه
عثمان رضي الله عنهما وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقوله لما تلونا إشارة إلى قوله تعالى والجروح قصاص
وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص في عظم إلا في
السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود فإن كان السن عظما فالاستثناء متصل ولا بد من فرق بينها
وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بقدر ما كسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقلع
لتعذر المماثلة فربما يفسد بها لها الثانية كذا في المبسوط وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله صلى الله عليه وسلم
لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الأطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب
يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم فكأنه وقع عند المصنف رحمه الله أنه عظم حتى قال ولا
منه غير السن وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد قد ذكره مرة لكنه ذكره هنا لأنه عمد أو خطأ فيحمل الأول
على أن المراد به إن أمكن القصاص وذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل
عمدا روي أن الربيع عمة أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الأنصار باللطمة فأمر النبي صلى الله
عليه وسلم بالقصاص واللطمة إذا أتت على النفس لا توجب القود وإن لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب
الأرش وقوله ولا قصاص بين الرجل والمرأة ظاهر وقوله لأن في الحر يقطع طرف العبد يعني لا يجب القصاص
فيه عندنا أيضا والشافعي أخذ بقول ابن أبي ليلى وسلك في الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الأطراف بالنفس
لأنها تابعة للنفوس كما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الأطراف لكونها تابعة
لها ولنا أن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو أي التفاوت
معلوم قطعا بتقويم الشرع فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا تبلغ قيمة يد
العبد إلى ذلك فإن بلغت كان بالحزر والظن فلا يكون مساويا ليد الحر تعيينا فإذا كان التفاوت معلوما
قطعا أمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله فإن قيل إن استقام في الحر
والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بأن التساوي
إنما يكون بالحزر والظن والمماثلة المعتبرة شرعا لا يثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية عند
المقابلة بجنسها فإن قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء
الأكمل بالأنقص دون العكس فإن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب أنا قد
ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت
المالي مانعا مطلقا والشلل ليس فيه يعتبر مانعا من جهة الأكمل لأنه من حيث إنه ليس تفاوتا بالشرع ينبغي أن
لا يعتبر قلنا يعتبر من جهة الأكمل لئلا يلزم أن يكون بإزاء الأكمل زيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الأنقص لأنه
إسقاط والإسقاط جائز دون البذل بالأطراف والباقي ظاهر **قال** ومن قطع يد رجل من نصف
الساعد كلامه واضح وقوله لأن حقه متعين في القصاص لأنه لو أراد الشلل فله أن يستوفي الأرش لم يكن

له القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي أن الواجب أحد الشيئين إما القصاص أو الأرش فإذا اتفقا أخذ أحدهما الفوات
محل بعض الآخر قوله ومن شج رجلا قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده ولا
حاجة إلى إعادته وفي العكس يخير أيضا وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لأنه إن استوفى المشجوج مثل حجم
مساحته كان أزيد في الشين من الأول وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين دون حقه فيتخير بين الاقتصاص
وأخذ الأرش والباقي إلى آخره ظاهر **قال** لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها
أتبعه ذلك في فصل على حدة إذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال
المسمى قليلا كان أو كثيرا وأبدا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل إنها نزلت
في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للام فإن عفي إذا استعمل باللام كان
معناه البدل أي فمن أعطي من جهة أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فليتبع المعطى ولي
القتيل مطالبة بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وإنما قال على ما قيل لأن أكثر المفسرين على أنها في عفو
بعض الأولياء وتدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض وتقريره فمن عفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين
وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية
على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع بالمعروف أي فليتبع غير
العافي بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل إليه حقه وافيا من غير نقص لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل
له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاؤوا أقادوا وإن شاؤوا أخذوا الدية قال المصنف والمراد الأخذ بالرضا
على ما بيناه يعني أن ليس للولي العدول إلى المال إلا برضى القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله بعض
مقدر بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره يعني كالإعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين
قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية عندهما جميعا ونقل
من المبسوط والإيضاح والأسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الدية خاصة والشافعي يقول إن النساء لا يستوفين
القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية
عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار وهو مؤاخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة
لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقولنا إن الرواية خلافه مسلم وعدم توريث أحد
الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ولكن يحمل على أن معناه أن الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه
بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت وقلنا إنه فاسد بالنقل والعقل
أما الأول فلحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب وأما الثاني فلأنهما موروثان
كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكون في حق الزوجين كذلك لأنهما لأن وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة
ولا يقع للميت إلا أن يستند الوجوب إلى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الأموال في ثبوتهما قبل الموت ألا ترى
أنه إذا أوصى بثلث ماله دخلت الدية فيها ويقضى منه ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على
أهل الميراث وكفى به قدوة وإذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله
لأن الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة الأولى الثلث وفي الثانية السدس كما إذا قطع يد
إنسان خطأ وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكله مؤجل إلى ثلث سنين فكذا بعضه كالألف المؤجلة
إلى ثلث سنين فإن كل درهم منها كذلك وقوله والواجب في الأبد جواب اعتباره وهو واضح وإذا
قال وإذا قتل جماعة واحدا • إذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه
لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص
عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم فالتمالؤ التعاون وصنعاء اليمن قصبتها وروي عن علي رضي

عنه

عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة متوافرة ولم
ينكر عليهم أحد فحل محل الإجماع ولأن القتل بطريق التغالب غالب فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالبا
بالاجتماع لأن الواحد يقاوم ومن غلب وتوقعه من الفساد يوجب مزجرة فيوجب القصاص تحقيقا لحكمة
الإحياء فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عنده أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدي إلى سد
باب القصاص وللقائل أن يقول ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياسا على مجمع عليه لم يعتبر في الشرع
وإن كان فلا بد بيانه على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى أن النفس بالنفس والجواب أنه قياس
على سائر أنواع العقوبات المرتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد وترتيبوا على ذلك بقوة أثره
الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء وقوله أن النفس بالنفس لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزي
كشخص واحد وإذا كانت المسألة بالعلل وحضر أولياء المقتولين قتل جميعهم كما ذكر في الكتاب وقال الشافعي
يقتل بالأول منهم ويجب المال للباقين يعني إن قتلهم على التعاقب وإن قتلهم جملة أو جهل الأول
قتل لهم وقسم الديات بينهم أو يقرع وقوله وهو القياس في الفصل الأول وهو ما إذا قتل جماعة واحدا
لأنه عرف بالشرع بزيد قضية عمر رضي الله عنه ولنا أن كل واحد منهم أي من أولياء القتيل قاتل قصاصا
بوصف الكمال لأنه لا يتجزى أصلا الفصل الأول فإن الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة
لما جاز ذلك وإذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون من
الجانبين قوله ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح يعني أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح وقد وجد من كل
واحد منهم بحيث أنه لو انفرد عن الباقين كان بصفة الكمال والحكم إذا احتمل عقيب علل لا بد من الإضافة
إليها فإما أن يضاف إليها توزيعا أو كملا والأول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا إذا حلف
جماعة منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا ولأن القصاص شرع مع التنافي وهو قوله صلى الله عليه
وسلم الآدمي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب لتحقيق الإحياء وتحقيق الإحياء قد حصل بقتله
أي بقتل القاتل فاكتفي به ولا حق لهم غير ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر **قال**
وإذا قطع رجلان يد رجل واحد تعدد الجاني في الأطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فإذا قطعا
يدا فلا قصاص أصلا وقال الشافعي إن وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من آخر وأمرا حتى التقى
السكينان فالحكم كذلك لأن كلا منهما لم يقطع إلا بعض اليد فلا يقطع به كل يد وإن أخذا سكينا وأمراها
على يد حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالأنفس إما لكونها تابعة لها وإما أن يجمع بينهما بجامع الزجر
ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا أو مختلفا لأنا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما
لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لأن المحل متجز فإن
قطع البعض وترك البعض متصور ويمكن أن يجعل كل واحد فاعلا كملا بخلاف النفس فإن الإزهاق لا يتجزى
والباقي ظاهر **وقوله** والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي يعني لأن من عليه القصاص حر
جواب عن قوله والقصاص لأن اليد استحقها الأول وتقريره أن القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة
الاستيفاء فلا يتعدى إلى شغل المحل الخالي بحرية عنه وإذا لم يكن المحل مشغولا لم يمتنع عن ثبوت الثاني
بخلاف الرهن لأن الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله ولتردد حق الآخر يعني أن حق الحاضر ثابت في اليد
وحق الآخر له في الاستيفاء موهوم حتى أن يعفوا ولا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد
الشفيعين إذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى له وقوله لأنه أوفى به حقا مستحقا يعني أنه قضى بجميع
طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالأرش قوله وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقيد بالعمد لأنه
لو أقر بالخطأ لا يجوز سواء كان مأذونا أو محجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون فلأنه ليس من التجارة

وقوله حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا اوقع طلاق زوجته بالاقرار لو نوعه بالايقاع واذا اقر بسبب يوجب الحد يجب به وقوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر قيل فان الابرة اذا اصاب حيوانا وخرق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فلذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل ان يقول الخطا يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا مرادا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب ان الخطا هو تحقق الجناية في انسان بخلاف ظن الجاني كمن رمى الى شخص ظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لما كان الرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليخرج عن قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه لم يخالف المقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فاصاب رقبة غيره فحزها او رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل او قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا له من كل وجه

فصل

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا القتل والقطع اذا حصلا في شخص واحد كانا على وجوه لانه اما ان يكونا خطأين او عمدين او يكون القطع خطأ والقتل عمدا او بالعكس فكذلك بالقسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منهما اما ان يكون قبل البرء او بعده فكذلك ثمانية اوجه وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فكذلك ستة عشر وجها فان كان من شخصين لفعل كل واحد منهما موجب فعله من القصاص واخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين او اهدار احدهما واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم معنى في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل من الاول ويجعل الكل واحدا الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او تخلل البرء فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين الاولين وان تجانسا خطأ جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف والتفي بدية واحدة وان تجانسا عمدا فقد اختلفا فيه قال ابو حنيفة الولي بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل وبين ان يقتل وقالا لا يقتل ولا يقطع وقوله فان شاء الامام قال اقطعوه قال شمس الائمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة وليس كذلك بل الخيار للمولى فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار وقالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان موجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون الفعل بالقتل والقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الجزاء واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولان ارش اليد دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطأين وتقريره ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك

انما يكون بالجزاء القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالجزاء القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الجزء وفي ذلك تكرار دية البدل لان ضمان الكل يشملهما والتكرار فيهما غير مشروع فلا يجتمعان قلنا لا يجتمعان لان مبنى القصاص التساوي وهي انما يتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة بواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطأ فمبناه على التخفيف الا ترى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ لا يكون مناسبا

قال

ومن ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان آخر فبرئ من تسعين وبقي موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت بحيث فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل وسياتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب مائة سوط وجرحه وبقي لها اثر يجب حكومة عدل دون الارش لان حكومة عدل انما يكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى انه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يبق الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما ومثل هذه المسألة مع هذا الاختلاف ودليلهما يأتي قبل فصل الجنين قوله ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه ثم مات منه سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه اما القتل او القطع اذا اقتصر او سرى مكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال لشخص لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذا انتهى فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السراية والمقتصر فكذا هذا ولابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يثبت وله تصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا ترى ان المولى لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية وقوله ولا نسلم ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة مقومة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتداء اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب وانما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن الجناية ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا وهو في موضعين احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وفاقا

وهو أيضا في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ، وعند أبي حنيفة
يكون عفوا عن أرش اليد لا غير والثاني أن العفو عن الجناية عفو عن الدية إذا سرت عندهما وعنده عن أرش الجناية
لا غير إذ ذاك أي إذا علم بذلك إطلاقه أي إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع عنه
يدفع عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ والإطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد
لأن الدية في الخطأ على العاقلة وأجيب بأن الموضع مطلق لا محالة والجواب إنما هو لأحد نوعيه وتقديره فعلى
القاتل الدية في ماله إن كان القطع عمدا وقوله كما لو أوصى بإعارة أرضه يعني إذا انتزع بمنافع أرضه في مرضه
بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لأن المنافع ليست بأموال وفيه بحث من
أوجه الأول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني أن الوصية بإعارة أصله أرضه
باطلة وإن صحت فحكمه انتهائي تنكر الموصي له يوما والورثة يوما إن لم يقبل القسمة وإن قبلها تقرر الثلث للموصى
له والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظيرا لما ليس بمال والجواب عن الأول أن المصنف نفى تعلق حق الورثة
به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل
والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد الموت لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه
وسلم لئن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء إنما يتعلق حقهم بما يتحقق تحقيق
به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به
لكنه موروث لأن الإرث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاءه حقيقة أو حكما في ماله أو حق
قابل لها بعد موته وقد قررناه في شرح الرسالة التي في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال بل إذا كان حقا قابلا
للخلافة يصح أن يكون موروثا ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى
تبرع كما عبرنا عنه أيضا والوصية نوع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث أن المنافع أموال إذا كانت في عقد
فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه إشكال وهو أنه إذا اعتبر من الثلث كان وصية والعاقل من العاقلة والوصية
للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح في حصته وأجيب بأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وإنما عفى عنه المال
بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز **قال** وإذا
قطعت المرأة يد رجل • إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فإما أن اقتصر أو سرى فإن كان الأول
صحت التسمية وتصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالإجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ وتزوجها
على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه لأنه لما تبين أن موجبها الأرش دون القصاص لأنه لا يجري في الأطراف
بين الرجل والمرأة والأرش يصلح صداقا وإن كان الثاني وإليه أشار بقوله ثم مات فإما أن يكون القطع
خطأ أو عمدا فإن كان الأول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وإن كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها
عند أبي حنيفة لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث
منه فيكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع إذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص
في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير سقوط القصاص فإنه إذا لم يكن مهرا على تقدير ثبوته
لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الأولى والقصاص يسقط ههنا إما بقبولها التزوج لأن سقوطه متعلق بالعفو
فلما قبلت سقط وإما باعتبار تعذر الاستيفاء فإنه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا
يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فإن قيل الواجب في الأطراف بين الرجل والمرأة هو الأرش خمسمائة
دينار وهو معلوم فما المانع أن يكون هو المهر أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون
مجهولا وإذا لم يصح القصاص ولا بد له يجب مهر المثل وعليها الدية من مالها فإن قيل قبولها التزوج يتضمن
العفو والعفو لا يتضمن فلا يجب عليها الدية أشار إلى الجواب بقوله لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو لكن

فيما نحن

فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف وإذا سرى تبين أنه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فيجب الدية
في مالها لأنه عمد والعاقلة لا تتحمل والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه يريد به قوله لأنه هو الموجب العمد
وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن تساويا وإن لم يتساويا ترد من عليها الفضل على من له
ذلك وإذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرش اليد وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وإن المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لأن الدية على العاقلة في الخطأ
والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها على اليد وما يحدث
منها ظاهر وقوله ولا شيء عليها أي لا دية ولا قصاص وقوله ورفع عن العاقلة مهر المثل وقوله أي للعاقلة
ثلث ما ترك أي ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية تكون وصية **وقوله** فاتفق جوابهما في
الفصلين يعني في التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية
وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق وإلا فالفصول ثلاثة **قال** ومن قطعت يده كلامه
واضح • ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة
وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا شيء عليه على ما يجيء وقوله ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة
وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج إلى كلام فقوله إنه إذا استوفى غير حقه لأن حقه في القتل
وهذا قطع وإباحته في الأصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد أشكل بعضهم بما إذا شهد شاهدان على رجل بالقتل
فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وإنما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهدا إلا بالقتل ولو كان القطع
غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسألة ذلك وإنما هي بناء على أنهما
أوجبا له قبل النفس وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فضمنا لإيجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كما
لو شهدا على رجل أنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا وقوله وإنما لا يجب المال في الحال جواب عما يقال لما
استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله وملك القصاص في النفس ضرورة جواب عن قولهما أنه
استوفى حقه يعني كما كان ملك القصاص ضرورة رتبا الثبوت مع المنافي وهو الحرمة كما مر فيجب ألا يظهر إلا في
هذه الأحوال الثلاث وهو استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض ولا يصح التصرف في
المقابل بغيرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا فيه في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب
الضمان وقوله فأما قبل ذلك يعني قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ملك
ملك القصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما إذا سرى جواب عن قولهما وكذا إذا سرى وقوله وإنما
إذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما أو ما عفى وما سرى **وقوله** الصحيح أنه على الخلاف يعني فلا يكون
مستشهدا به وكذلك قوله هو الصحيح وقوله والأصابع وإن كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما إذا
كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفى وهو اختيار بعض المشايخ فإنهم تنوعوا الفرق وأما صاحب
الأسرار فمنعه وقال لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع بل يلزمه إذا عفى عن الكف قوله ومن له قصاص
في الطرف إذا استوفاه واضح وقد أشرنا إليه من قبل وقوله فصار كالإمام أي القاضي إذا قطع يد السارق
فمات من ذلك فإنه لا شيء عليه **وقوله** والمأمور بقطع اليد كما إذا قطع يدي فقطع فمات فلا شيء في
القاطع وقوله في مجرى العادة يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لأنه مكلف فيها أي
في المسائل بالفعل إما تقلدا كالإمام فإنه إذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم أو عقدا كما في غير الإمام
من المسائل يعني البزاغ والحجام فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة
كالرمي إلى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام إذ العفو مندوب إليه قال الله تعالى وأن
تعفوا أقرب للتقوى فيكون من باب الإطلاق أي الإباحة فأشبه الاصطياد والرمي إلى الهدف فأصاب

إنسانا فصيّر كذا أهدر أو طولب بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير وسلّم ضرب الصبي بإذن الأب إلا إذا
مات وقاطع يد حربي أو مرتد أسلم بعد القطع فإنه لا يجب على المستأجر والمستعير للركوب إذا انفقت الدابة
منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب إذا سرى وأجيب بأن في الثلاثة الأول حصل سبب الهلاك بالإذن
فينتقل الفعل إلى الآذن ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا إذا أذن بسبب الهلاك والأب إذا قتل
ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فإنه يقطع بالملك دون الإذن ولما قطع وسرى كان القطع
قتلا ولم يكن له ملك القتل وكان متصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلأن القطع مع السراية يكون
قتلا وليس له ملك القتل وكان متصرفا في غير ملكه من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الإسلام في مباح
الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا إذا صار قتلا في الابتداء لأنه مستند إلى ابتداء القطع ● والله أعلم

باب الشهادة على القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة ومن قتل
وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة وقالا
لا يعيد وإن كان خطأ لا يعيد بالإجماع وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر والأصل أن استيفاء القصاص حق الوارث
عنده وحق المورث عندهما وليس لأبي حنيفة رحمه الله تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا
كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث
فلأن القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الجواز أن السبب قد تحقق فصح
من كل منهما الإسقاط وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك
كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على أن طريقه طريق الوراثة
بقوله وهذا لأنه عوض عن نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه له
الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولأبي حنيفة
أن طريقه طريق الخلافة وهو أن يثبت لمن يخلفه ابتداء كالعبد إذا اتهب فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق
الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس بأهل للقصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من
الميت والوراثة هي أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين
لأنه أي الميت من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه وإذا كان طريقه الخلافة
ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فإن المحل
ما للشبهة فيه مجال قوله فإن أقام القاتل البينة واضح **وقوله** لأنهما جرا تعليل لقوله فيهما دعواهما باطلة
وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وذكره الإمام المحبوبي لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما
معتبر في حقهما وقوله فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا يأتي فيه الأقسام العقلية لأنه إما أن
يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس والمذكور
في الكتاب أولا هو أن يصدقهما القاتل وحده فالدية بينهم أثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل وأشار بقوله
وحده إلى أنهما لو صدقهما فلا ضمان للشاهدين يلزمهما ثلثا الدية لا غير لأنهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما
القاتل فيه فلا شيء للمشهود عليه لأنه يتصدق بتهمة الشاهدين فيما شهدا أقر بالعفو قصدا وكما لو ثبت ذلك عيانا
قوله وإن كذبهما أي كذبهما القاتل والمشهود عليه أيضا فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية لما
ذكره في الكتاب وقوله وإن صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث
الدية لإقراره له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه ينصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا
يلزمه شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل

بتكذيبه

بتكذيبه وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط
بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبه
انقلب مالا فصار مقرا لهما بما أقر به القاتل فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بألف درهم فقال
المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الألف لفلان كذا هذا **قال** وإذا
شهدوا أنه ضربه صورة المسألة ظاهرة وقوله إذا كان عمدا قول المصنف احترز به عن الخطأ فإن ذلك
ثابت بدليل إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح لأنه إذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم
قبل المشهود شهدوا على الضرب بالسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لأنه لو كان مخطئا لم يشهدوا أنه ضربه
وإنما يشهدوا أنه قصد ضرب غيره فأصابه وأقول هذا القيد وارد على صاحب الهداية لأنه أشار إليه
بقوله إذا كان عمدا لعمر على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف قوله وإذا اختلف شاهدا
القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الأموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس
أولى وقوله لأن المطلق يغاير المقيد فإن المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالقضاء على العاقلة وقوله
وإن شهد أنه قتله واضح وقوله لأنه يجمل إجمالهم في الشهادة منه صيغة التجهيل التام كما في قوله تعالى
ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الأول بمعنى الإبهام والثاني بمعنى الصنع وهو الإخبار
وفي العمد جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شيء قتله
إما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل
شهادتهم لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وإن كذبوا فكذلك
لأنهم صاروا فسقة ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف لكنهم يقولون لا ندري اختاروا
حسبة الستر على القاتل واحتسبوا الإثم بالإجمال وحمل كذبهم هذا معفوا عند الله لما جاء في الحديث ليس
بكذاب من يصلح بين اثنين فنما ويلهم كذبهم هذا أن لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله وأولوا
كذبهم ظاهر ما ورد باطلاقه أي سكتت بتجويز الكذب **وقوله** وهذا أن معناه أي ستر الشاهد
على المشهود عليه في معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه ههنا كما أن الإصلاح مندوب
إليه هنالك فكان ورود الحديث لذلك ورودا ههنا وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك يعني إذا احتمل
أن يكونوا عالمين واحتملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك ويجب الدية
في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة وقوله وإذا أقر الرجلان مسلمان مبناهما على
أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر له به لا يبطل إقراره في الباقي فإن من أقر بألف درهم وصدقه
المقر له في النصف صح الإقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به تبطل شهادته
أصلا لكونه تفسيقا له وتفسيق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما أقر به لأنه
إذا كذبه في كل ما أقر به بطل الإقرار لأنه رد للإقرار وعلى هذا لو قال المقر له بعد قوله قتلتماه
صدقتما لم يكن له أن يقتل واحدا منهما لأن معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما
ومعناه أنت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجمع وهو تكذيب لهما ● والله أعلم

باب اعتبار حالة القتل

لما كانت الأحوال صفات للذوات ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما فارتد
المرمي إليه والعياذ بالله ثم وقع السهم فعلى الرامي الدية لورثته المرتد عند أبي حنيفة وقالا لا شيء عليه
لأنه بالارتداد سقط تقوم نفسه وذلك إبراء للضمان لأن من أخرج المتقوم عن التقوم أسقط حقه
كالمغصوب منه إذا أعتق المغصوب فإنه صار مبرئا للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه فصار به مبرئا

للغاصب عن الضمان باسقاط حقه فصار به مبريا كما اذا ابراه عن الجناية او حفر بعد الجرح اي بعد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل له منه بعد وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اصاب فان ردته بعد الرمي لا تحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة انسب مما قال المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان تمام كونه موجبا بجميع مقدماته والفعل فالواجب القصاص اجاب بقوله والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجبت الدية اي في ماله ولو كانت المسألة بالعكس فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك ونوقض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي اجيب بان جزاء صيد الحرم لا يجب بالفعل ولهذا اجب بدلا لا له المحرم واثاره هذا لا يكون اقل من ذلك وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال محمد رحمه الله فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال اصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطع السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي ولهما انه يصير قاتلا الى اخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قيل حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالباقي الاعتاق فانه ما نافي العصمة فيجب ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع انتهاؤها الى قطع السراية وتحقيقه ان القطع فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان في ذلك منزلة تبدل المحل ولا يتأتى تحققه في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لعدم اثره في المحل وانما تقل فيه الرغبة فلم يخالف الانتهاء الابتداء فيجب قيمته للمولى وان كان حالة الاصابة وجوب القيمة يعني بقول بالدية نظرا الى حالة الاصابة فالجواب عنه ما حققناه والباقي ظاهر الى اخره

كتاب الديات

بعد الجنايات ظاهر المناسبة لان الدية احدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص اشد صيانة تقدم وتحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر ودي القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد **قال** وفي شبه العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على العاقلة القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الاية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزئ فيها الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب اشعارا لان الاية تخص احدهما بالنظر الى لفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لا لتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او بقي منه شيء ومثله محل الا ترى انه قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبده حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم ولان بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان

بيان

بيان على ما عرف في اصول الفقه ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال ودية الخطأ لما تلونا من قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية اي ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل اربا عا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وله كذا في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق فقوله في بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون فيها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ معنى من دية الخطأ المحض فان الابل فيه تجب اخماسا وذلك اي كونه اغلظ فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل وهو مطلق فلا يزاد عليه الا بثبت منه عليه السلام هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيدا او غيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله عنه تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه مثل ما قلنا ارباعا والرأي لا مدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رويناه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة الاف درهم والف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الاخرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطأ والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطأ زيد على عشرة دراهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الجنس فيجب التغليظ واما ما ذكره في الكتاب ان التغليظ في الابل يثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يأبى بالتغليظ لان عدم الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة **وقوله** لما قلنا اشارة الى قوله في الخطأ مائة من الابل اخماسا اخماسا لان التوقيف فيه وقوله لما بيناه من قبل في اول كتاب الجنايات **قال** والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا اخماسا قيل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد اجمعت الصحابة رضي الله عنهم على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ابن مسعود وعن علي رضي الله عنه انه اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطأ لان الخاطئ معذور وقوله غير ان عند الشافعي استثناء من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه انه اليق بحال الخطأ وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الف درهم لما روي ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا ان عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تأويل وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي انه قضى من دراهم كان وزنها ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر رضي الله عنه فابطل

رضي الله عنه ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة
آلاف درهم ثم قال وقيل كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك تناقض والثاني أن وزن ستة ثم قيل
على اثني عشر ألفا فلا يكون اثنا عشر بل ذلك صحيحا والجواب عن الأول أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ أيضا وعن الثاني أن شيخ
الاسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن الى ستة تقريبا
قوله ولا يثبت الدية من هذه الأنواع الثلثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا فيها أي من الأنواع الثلثة يعني
الإبل والذهب والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل
في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف
كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل قال وفائدة هذا
الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة
على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر
من مائة من الابل وقوله لأن عمر رضي الله عنه هكذا جعل على كل أهل مال منها قال أبو يوسف ثنا ابن أبي ليلى
عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الفضة
عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلة مائتي حلة ولأبي
حنيفة رحمه الله أن التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الأشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان
شيء مما وجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فإن قيل فالابل كذلك أجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة
كما رويناها وعدمناها في غيرها فإن قيل يلحق بها دلالة لأنها في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل
أي في معاقل المبسوط هذا اشبه على ما روي عن أبي حنيفة من قوله ولا يثبت الدية الا من هذه الأنواع الثلثة
ووجه ذلك أن محمدا ذكر في المعاقل أنه لو صالح الولي من الدية على اكثر من ألفي شاة أي على اكثر من مائتي
بقرة أو على اكثر من مائتي حلة ألفي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الأصناف الثلثة ايضا
من الأصول المقدرة عنده ايضا وذكر الجواب على وجهين أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا أدري صحته
لأنه تناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعهما **قال** ودية المرأة على النصف
من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم
والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للرأي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية
الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي الله
عنه يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الأرش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة
سواء فإن زاد على الثلث فحينئذ حالها على النصف من حال الرجل ولذا قال بعد هذا في قول المصنف
اعتبارا بها بالثلث وما فوقه الصواب أن يقال اعتبارا بها وبما فوق الثلث وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي
قال محمد في الأصل بلغنا عن علي رضي الله عنه أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون
النفس قال وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف
وبه أخذ الشافعي رحمه الله وهذا أصح قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم
قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع
اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فإن قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فإن قطع
ثلاثة اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فإن قطع أربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما
كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها فقال أعراقي أنت قلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل متثبت فقال انه

السنة

السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله والحجة عليه ما رويناه بعمومه
وان حالها انقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعتها أقل لا يمكن من التزوج بأكثر
من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس وكذا في أطرافها واجزائها اعتبارا بالنفس
وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة البيع للأصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يخالفه عقل
كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة يريد به سنة زيد رضي الله عنه قال كبار الصحابة
افتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها **قال** ودية المسلم والذمي
سواء دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي
ذكره واضح وقد استدل للشافعي بقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة وبقوله تعالى أفمن
كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم
لا تتكافأ ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة وبالأنوثة تنتقص الدية فبالكفر أولى وبأن الرق أثر
من آثار الكفر وبه تنتقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهما
لا تعارضان قوله وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن
وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بأن النقصان بالأنوثة والرق من حيث النقصان
في المالكية فإن المراد بملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم
في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز مما في يده من المال والذمي يساوي المسلم في
ضمان ماله اذا أتلف ففي النفس أولى وان لم يكن لنا في المسألة الا ما روى الزهري أن دية الذمي كانت
مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية
جعلها على النصف وما روي عن علي رضي الله عنه أنهم انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم
كأموالنا وما روي عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما
أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور في المسألة ما لا يخفى على أحد والله أعلم

فصل فيما دون النفس

اعقب ذكر النفس ما هو تبع لها وهو ما
دونها **قال** في النفس الدية وقد ذكرناه واعادة ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيد لذكر ما بعده وقوله
وقد ذكرناه يعني في أول الجنايات ومعنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في النكاح
ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل السائمة شاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبة الأنف
وهو ما لان منه كل ما لا ثاني له في البدن عضوا كان أو معنى مقصودا يجب باتلافه كمال الدية ومن الأعضاء ما هو
افراد كالأنف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفتين واليدين
وثديي المرأة والانثيين والرجلين ومنها ما هو أربع كأشفار العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين
ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان والأصل في الأطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا
في الآدمي على الكمال يجب كل الدية وقيد المنفعة والجمال بالكمال لأن غير الكامل لا يجب فيه كل الدية
واذا كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الأخرس أو آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل
العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ لأنه لم يفوت جنس
منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل واذا اتلف الكامل يجب فيه كمال الدية لاتلافه
كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالدية كاملة في اللسان والأنف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فإن كانت المنفعة أو الجمال قائما بعضو واحد
ففي اتلافه تجب كمال الدية وان كان قائما بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعضو

بأربعة أعضا

ففي كل واحد منهما نصف الدية وإن كان قائما بالكمرة ففي كل واحد منهما ربع الدية وإن كان قائما بالعشرة ففي كل واحد منهما عشر الدية وإن كان قائما بالكرة ففي كل واحد منهما نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله قيل تقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف ما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الألف من ذلك نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف فما لم يمكنه اتيان حرف منها يلزم ما يخصه من الدية روي أن رجلا قطع لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدلك على صحة القول بصحة شيخ الاسلام وإن أقام به بعض الحروف وهو ما لا يفتقر إلى اللسان ان يفات بدون اللسان لكن الاقسام الذي هو المقصود لا يحصل فيجب الامتحان بالجميع وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب الحواس فقيل إذا صدقه الجاني واختلف على البيان ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلالة الموصلة إلى ذلك فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار وطريق معرفة السمع أن يتغافل ويناد فإن أجاب علم أنه يسمع وحكي الناطفي عن أبي حازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوحة العين فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه يلقى بين يديه حية فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم أن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة فإن نفر علم أنه لم يذهب شمه وقوله لأن كل واحدة منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا تجب الا دية واحدة بفوات هذه المنافع بدون الموت فإن في الفوت استتباعا دون واحد لأن الأطراف تتبع النفس أما الطرف فلا يتبع طرفا آخر ولهذا ابتدئ ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت وعلى ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه كما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة إلى قوله لأنه يفوت به منفعة الجمال فالو الوطوق رأس انسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فإن مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله في الأذنين الشاخصين أي المرتفعين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله أنه يجب فيهما كمال القيمة هو رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال والتخريج على الظاهر وهو أنه يجب نقصان القيمة وقوله هو الأصح احترازا عما قاله بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله وشبه الخطأ والعمد يعني كما يجب الدية في حلق الرأس واللحية فكذا إذا حلقهما عمدا قيل وصورة حلقهما خطأ أن يظنه مباح مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر أنه مباح الدم قيل موجب القصاص موجود إذا كان عمدا فما المانع عنه عن الامكان وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت إلا بالنص أو دلالته ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص عليه وهو الجروح لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه اماتة ذي الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا قال وفي الحاجبين الدية الأصل الذي ذكرناه في صدر هذا الفصل يشمل هذه الفروع كلها والأشفار جمع شفر بالضم قال المصنف رحمه الله يحتمل أن مراده الأهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطئة من خطأ محمدا في اطلاق الأشفار على الأهداب قالوا الأشفار منابت الشعر وحروف الجفنين واطرافهما والشعور التي عليهما تسمى بالهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الحقيقة فإن في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكر في الكتاب وقوله نظير انقسام دية اليد على الأصابع يعني أن عشر الدية الواجب بإزاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فيه ثلاث مفاصل كان لكل منها ثلاثة وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه وقوله

والاسنان

والاسنان والأضراس كلها سواء قالوا فيه نظر والصواب أن يقال وفي الاسنان كلها سواء أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته أسنان وتلوق أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الأنياب واثنا عشر سنا تسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الأسنان تسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال والأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى الأسنان وبعضها سواء فإذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه الدية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله لأن المتعلق يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية وهو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة فإن قيل لا نسلم أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس أحدهما أولى باستتباع الآخر فيكون الحصر في غير موقعه أجيب بأن الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة وأما إذا كان فالجمال تابع ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء يجب حكومة عدل لا الدية لأن المقصود باليد لما كانت المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال فإذا جعل الجمال تابعا أيضا لأنه إذا كان تابعا عند الانفراد فلأن يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى وقوله لتفويت جنس المنفعة بمعنى منفعة الغسل وقوله لأنه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة القامة قيل تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم أي منتصب القامة وهي تزول بالحدوثة

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة ووجه ذلك أن القطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع إما أن يظهر الدم أولا والثاني هو الحارصة والأول إما أن يسيل الدم بعد الاظهار أو لا والثاني هو الدامعة والأول إما أن يقطع بعض اللحم أو لا والثاني هو الدامية والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أو لا والأول هو الباضعة والثاني هو المتلاحمة والأول إما أن يقتصر على اظهار أو يتعدى والأول هو السمحاق والثاني إما أن يقتصر على اظهار العظم أو لا والأول هو الموضحة والثاني إما أن يقتصر على كسر العظم أو لا والأول هو الهاشمة والثاني إما أن يقتحم على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلدة التي بين العظم والدماغ أو لا والأول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة وهي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا يزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وقوله وفي الموضحة قوله ولا فيما فوق الموضحة يريد ما هو أكثر منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح أي يقدر قدر غوره بحديد أو غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل وأما على رواية فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة وقوله في الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل إلى الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان يفطر أو ما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى ذكر الجائفة ههنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لأن الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى يعني يرجع إلى الاشتقاق فمحمد رحمه الله ذهب إلى أن الملاحمة مشتقة من اللحم اللتان إذا اتصل أحدهما بالآخر فالملاحمة ما

ما يظهر اللحم ولا يقطع، والباضعة بعدها لأنها تقطعها. وقوله: وأما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن. وقوله
وقد تحقق فيه معنى المواجهة، قيل عليه: فيجب أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة، وأجيب بأنه ترك هذه الحقيقة بالإجماع
ولا إجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة. وقوله: ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، مثاله إن كانت قيمته من
غير جراحة تبلغ ألفاً ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فأوجبت عشر الدية لأن
قيمة الحر ديته. قال القاضي خان: والفتوى على هذا. وقوله: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة، بيانه أن هذه
الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كانت مقدار ثلث الموضحة وجب
ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع
أرش الموضحة. قال شيخ الإسلام: هذا هو الأصح لحديث علي رضي الله عنه فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع
طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد.

[فصل] لما كانت الأطراف دون الرأس
ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة. في أصابع اليد نصف الدية لأن في كل أصبع عشر الدية على ما رُوي
من قوله صلى الله عليه وسلم: في كل أصبع عشر من الإبل. وقوله على ما مر إشارة، ولأن قطع الكل تفويت جنس المنفعة
إلى آخره. وقوله: ولا تبع للتبع يعني وإن لم يكن تبعاً للأصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة إذ لا وجه لإهداره
ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل، وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فإن اليد
إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة. وقوله: وإن قطع الكف من المفصل [illegible]
والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب، يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة فهو أن
البطش بالأصابع، وأما من حيث الحكم فلأن الأصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك، وما ثبت فيه التقدير شرعاً
فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه شرعاً فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص، فكان ما ثبت فيه التقدير نصاً
أولى، فإن المصير إلى الرأي ضروري ولا ضرورة عند إمكان إيجاب الأرش المقدر شرعاً. ولما كان الاعتبار عند
أبي حنيفة رحمه الله للتقدير الشرعي نصاً لم يفترق بين أن يكون الباقي من الأصابع واحداً أو أكثر لأن للأصبع
الواحدة أرشاً مقدراً فيجعل الكف تبعاً للأصبع الواحدة، وكذا المفصل الواحد من الأصبع في ظاهر الرواية
لأن له أرشاً مقدراً، وما بقي شيء من الأصل وإن قل فلا حكم للتبع. وقوله: في الأصبع الزائدة حكومة عدل
يعني سواء قطع عمداً أو خطأ، وسواء كان للقاطع أصبع زائدة أو لا، أما إذا لم يكن فلأنه لا وجه إلى قطع أصبع
أخرى فلا يجب القصاص كمن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام، ولأن المساواة في القيمة شرط جريان القصاص
ولم توجد لما قلنا أن الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة، والقيمة تعرف بالحزر والظن
فلا تتيقن. وقوله: لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة، قيل عليه: إنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل
شعرات معدودة وأزالها رجل ولم ينبت مثلها فإنه لم يجب فيه حكومة عدل وإن كان الشعر جزءاً
من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به، وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما توجب حكومة عدل إذا بقي
أثره ما يشينه كما في قطع الأصبع الزائدة، وإزالة الشعرات بعينه لا تشينه فلا توجبه كما لو قص ظفر غيره
بغير إذنه. وقوله: وكذلك السن الزائدة الشاغية أي الزائدة لما قلنا، يريد به قوله لأنه جزء من يده
فإن السن جزء من فمه، والسن الشاغية هي التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الأسنان، يقال رجل أشغى وامرأة
شغواء، فإنها وإن كانت زائدة ففيها نقصان معنى. وقوله: والظاهر لا يصلح حجة للإلزام، إنما قيد بالإلزام
لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام حتى أنه لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء
تعييناً يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة، وقد تقدم من قبل في قوله ويجزئه رضيع. والله أعلم

[قال] ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه. في هذا بيان أن الجزء قد يدخل في الكل
في قوله فصار كما إذا أوضحه فمات، يعني من حيث أن إذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم

أو من

أو من حيث أن العقل ليس في موضع ليس زائله فصار كالروح للجسد. وقوله: وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من
الشعر لبيان الجزئية. وقوله: حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات
كذا في النهاية، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوماً. وقوله: وقد تعلقا يعني أرش الموضحة والدية بسبب واحد
وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل
فشلت يده. وقوله: وجوابه ما ذكرنا، قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء، وقيل
قوله وقد تعلقا بسبب واحد، وهو أشمل من الأول. وقوله: قالوا يعني المشايخ عند قول أبي حنيفة وأبي يوسف
قال في النهاية: ذكر أبا يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يذكر
محمداً مكان أبي يوسف كما هو في الإيضاح، أو لا يذكر أحداً أصلاً كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير
والله خيره والمعنى. وهذا الذي ذكره إذا كان خطأ، وأما إذا كان عمداً أيجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر
ووجه الأول هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام. وقوله
على ما بينا يعني قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. وقوله: ووجه الثاني يعني قوله وعن أبي
يوسف أن السمع والكلام مبطن، قيل يريد به الكلام الخفي النفسي بحيث لا يترتب فيها المعاني ولا يقدر على نظم
الكلم. فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم
بالحروف والأصوات ففي جعله مبطناً نظر. وقوله: قالوا يعني المشايخ، أي قال المشايخ ينبغي أن تجب الدية
فيهما أي في العينين. وقوله: لهما في الخلافية أي فيما إذا شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا يجب في الموضحة القصاص
وفي العينين الدية. وله أي لأبي حنيفة أن الجراحة الأولى سارية والجراحة التي تحمل قصاصاً قد لا تكون سارية
إذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلاً للأولى، ولا قصاص بدون المماثلة، ولأن الفعل واحد وهو الحركة
القائمة أي الثابتة حالة الشج، وكذا المحل أي محل الجنايتين واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر ونهاية الجناية
لم يجب القصاص بالاتفاق فتورثت الشبهة في البداية نظراً إلى اتحادهما. وقوله: بخلاف النفسين جواب عن قولهما
كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه [illegible] ذلك أنا جعلنا الفعل واحداً من حيث أن [illegible]
حصل من سراية الأولى [illegible]
واحد [illegible] وقوله بخلاف ما إذا [illegible] قطع أصبع رجل عمداً [illegible]
السكين [illegible] على أصبع أخرى فقطعها [illegible]
الثاني [illegible] القصاص [illegible] مقصود [illegible]
[illegible] مقصود [illegible] ذهاب العين [illegible]
[illegible]
[illegible] الفعل الثاني [illegible] ذكره المصنف [illegible]
[illegible]
[illegible]
قد ذهب [illegible] إلى آخره [illegible] القصاص [illegible]
على هذه الرواية بين ذهاب البصر [illegible] وبين ذهاب السمع [illegible] القصاص [illegible]
الثاني [illegible]
اعتبار المساواة بخلاف البصر [illegible] بفعل مقصود يجب القصاص [illegible]
وقوله بخلاف [illegible] الأخرى [illegible]
[illegible] موضحة في نفسها [illegible] العينين عند أبي حنيفة [illegible] القصاص في الموضحة والأرش في [illegible]

العينين عندهما وقوله فتقلعتا اي صارتا واحدة بالاكل فوقع على الرزوا ايين هاتين اي الرز وابه المهور ورواية
ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهور وفيها القصاص على رواية ابن سماعة وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن
بالغ فنبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب
ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله فنبتت سن الاول يعني بغير اعوجاج فان نبتت معوجا يجب حكومة
عدل وقوله ولهذا استاني حولا اي يوجل سنة بالاجماع وقال في التتمة حتى يبرأ موضع السن لا الحول
هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل ليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول
مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق في بدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه
فيتوتر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا
في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى
في الاجماع **وقوله** فاختلفا قبل السنة اي قال المضروب انما سقط بضربك وقال الضارب بسبب
آخر وقوله ليكون التأجيل مفيدا يعني ان التأجيل انما يكون لتظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان
التأجيل وعدمه سواء وقوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا في ذلك اي في سقوط السن بعد
السنة وقوله شيئين الوجهين اي وجه قوله على شيء على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله يجب الارش كاملا
وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكن ان يفوته ضربا ببنوه هنا ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس
التي لا ترى او من الاسنان التي ترى وقالوا يجب ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر
في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت
مما ترى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين
حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان
في بعض الاسنان وانما يمكن فيه نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا تكون لون
الاسنان بحال وكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية **قوله** ومن شج رجلا كلامه ظاهر
وتعليل ابي حنيفة بقوله ان المنافع الى آخره جواب عن قول ابي يوسف هو الموعود بقوله
وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع الى آخره جواب عن قول ابي يوسف
فالالم الحاصل ما زال وعن محمد انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه ان تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب
لذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او بشبهته كالاجارة الفاسدة
والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئا وقوله ومن جرح رجلا يعني اذا
ضرب رجلا فجرحه فبرأ منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه وان لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثر
فهو اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف
ووجوب اجرة الطبيب عند محمد رحمهم الله وقوله لان الجناية من جنس واحد لكون كل واحد منهما خطاء
وقد تقدم اقسام هذه المسألة وقوله ومن جرح رجلا جراحة واضح وقوله لانه مال واجب بالقتل
ابتداء يعني لا بعقد تحدث بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمدا كان حكمه حكم من الضابط
الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي وقوله لا سيما الى زيادة يعني المعجل فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف
في المالية وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز
التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله بما روينا يعني قوله صلى الله
عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا **وقوله** عمده اي عمد كل واحد منهم وقوله ولهذا
تجب الكفارة به اي بالمال وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله ويحرم

عن الميراث

عن الميراث على اصله اي يثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الارث على اصل الشافعي لانهما
متعلقان بالقتل فيعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لو لم يختلف عنهما احد حكمي القتل وهو
القصاص ينبغي ان لا يختلف عنه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل ذلك

فصل في الجنين

عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من
الام واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية عن المال الحيوان كالفرس والبعير
والمحبوب واسمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء اوله وغرة الجنين اول
مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف رحمه الله معناه اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل
وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر من عشرة آلاف هو
العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر ان لا يجب شيء لانه لا يعلم ما به يبقى وفعل القتل لا يتصور
الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل الظاهر انه حي او معد للحياة قال الظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن ووجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فترك القياس بالاثر وروي ان الامام
المحبوبي ان زفر سئل عن هذه المسألة فقال فيه غرة عبد او امة فقال السائل لم والحال لا يخلو من انه
مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت
زفر فقال له السائل اعتقتك سائبة فجاء زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجابه ابو يوسف بمثل ما اجاب زفر
فاحتج بمثل ما احتج السائل فقال التعبد التعبد اي ثابت بالسنة من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل
على ان قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفا ويحمل انه
رجع من احدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على ان الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل لعله
وبين الشارح الفقيه اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الا من حيث اعتبار صفة المالية قوله
اذا كان حملها به دراهم [illegible] عن جنين الامة اذا كانت قيمته [illegible] وقوله ودية ما يجب
في جنين الامة [illegible] مطلقا من غير تقييد بالبلوغ على ما يجيء [illegible]
[illegible] وقوله لانه بدل [illegible]
الجزاء جزء الادمي فصار [illegible] وقوله [illegible]
وهذا الحديث حديث حمل بن مالك [illegible] قال كنت بين جاريتين فضربت احداهما
بطن صاحبتها بعمود فسطاط او مسطح فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها [illegible] من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل
ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان [illegible] قوموا فدوه
ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله الا ان العواقل [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

وقوله ويستوي فيه أي في وجوب قدر الغرة بأنه عبد أو أمة قيمته خمسمائة لإطلاق ما رويناه وهو قوله صلى الله
عليه وسلم في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم وقوله ولأن في الجنين دليل معقول على التساوي
بين الذكر والأنثى وأراد بالجنين ههنا الولد المنفصل الذكر والأنثى ومعناه إنما ظهر التفاوت بين
الذكر والأنثى في الولد المنفصل في الدية لتفاوت معاني الآدمية في المالكية فإن الذكر مالك
مالا ونكاحا والأنثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم
في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله وإن ألقته حيا ثم ماتت إلى الأقسام الأربعة العقلية
الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب وهي أن خروج الجنين من الأم إما أن يكون في حال حياتهما أو في حال مماتهما
أو في حال حياة الأم وممات الجنين أو على العكس والأقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب
الضمان بالشك اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال
أن لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك
الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه
وفي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم
البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان [قال]
وما يجب في الجنين موروث عنه كلامه واضح وقوله في جنين الأمة يعني في جنين الأمة إذا كان ذكرا ولم
يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وطريق ذلك أن يقوم
الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكرا وعشره
إن كان أنثى وإنما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فإن ضاع
الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لإنكاره الزيادة وإن تعذر الوقوف على ذكورته
وأنوثته يؤخذ بالمتيقن [قوله] لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان يعني في الأصل ألا ترى
أنه إذا قلع السن فنبتت مكانه أخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وإن لم يظهر في الأم نقصان
فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية فيتقدر بها أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الأم وقوله
وقال أبو يوسف هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الأمة
إن لم يتمكن فيها نقص وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف يعني
أوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا لا مملوكا في حياته اعتبارا لحالة التلف لا يقال
هذا اعتبار لحالة الضرب فقط إذ الواجب في تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لا يكون حيا فلا يجب
قيمته حيا هناك بل يجب الغرة وقوله ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بين قيمته
حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا تسعمائة يجب على الضارب مائة درهم
وقوله على ما نذكره بعد هذا في جناية المملوك والجناية عليه في مسألة ومن قطع يد عبد فأعتقه
المولى ثم مات من ذلك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة الكاملة بالنص فلا يتعداها إلى غير المطلقة
وهو الجنين لأن القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة ألا ترى
أنه لم يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح [باب]
[ما يحدثه الرجل] إلى الطريق لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه مسببا والأول
أولى بالتقديم إما لأنه قتل بلا واسطة وإما لكثرة وقوعه [قال] ومن أخرج إلى الطريق
الأعظم كنيفا الكنيف المستراح والميزاب والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الإسلام جذع يخرجه الإنسان
من الحائط ليبني عليه والعرص بالضم الناحية قيل المراد به ههنا العدا الناس منزلة أضعفهم وأدناهم

وجملة

الأمة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمهم الله وعنه في رواية أنه لا يجب إلا نقصان الأم إن لم يتمكن فيه نقص وإن لم يتمكن لا يجب كما في جنين ٤

وجملة الكلام في هذه المسألة في ثلاثة أشياء في إباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمبدوء به
في الكتاب الخصومة ويعرض النزع ولم يتعرض للمنع وفيه خلاف بين العلماء قال أبو حنيفة رحمه الله لكل
أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع
بغير إذن الإمام لأن فيه الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو
يوسف قال محمد ليس لأحد حق المنع إذا لم يكن فيه ضرر لأنه مأذون في إحداثه شرعا فهو كما لو أذن الإمام
وأما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لأحد ذلك أما على قول
أبي حنيفة ومحمد فظاهر لأنه جعله كالمأذون من الإمام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فإنه يقول كان
يقول كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذي يحدث يريد أن يجعلها في يده نفسه خاصة فأما بعد الوضع فقد
صار في يده فالذي يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي
حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله ويسع للذي عمله الانتفاع بيان الإباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا ضرار في الإسلام أي لا يبدأ الإضرار يعني متعديا عن حقه ابتداء في الاقتصاص لأن الضرار
بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك وهذا الكلام فيما إذا كان الدرب نافذا وأما إذا كان غير نافذ
فقوله وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب النافذ الواسع على السكة والمراد
بالسكة ههنا وقوله لأنها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الإسلام المراد بعبارة الشافعية المملوكة
وليس ذلك بعد الملك فقد ينقض وهي مملوكة وقد تبدد منفعتها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك
غالبا فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال أي سواء كانوا ملازقين
أو لم يكونوا وقوله وإذا أشرع في الطريق روشنا وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان وقوله
مما ذكرنا في أول الباب يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله فالضمان على الذي أحدثه فيهما
يعني فيما إذا نهى على الحدث ولا ضمان على الذي عثر به لأنه حد فوقع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وقوله
وإن سقط الميزاب هذه المسألة على أربعة أوجه لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصاباه
جميعا وعلم ذلك أو لم يعلم أي الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لأنه ليس
بقاتل حقيقة يعني أن الكفارة وحرمان الميراث إنما يجبان بالقتل حقيقة والإنسان في الملك غيره كما
في أرض لم يكن قاتلا حقيقة فالقياس يقول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وإن لم يكن
فالقياس عدمه فيهما والجواب أن الضمان يعتمد الإتلاف بطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد
تحقق بإحداثه في الطريق ما ليس له ذلك وأما الكفارة والحرمان فيعتمد أن القتل عمدا أو خطأ
ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للأحوال يعني يعلم بيقين أنه قتيل الجارحة ولا يعلم أنه بأي
الطرفين كان فإن كان بالطرف الداخل فلا ضمان وإن كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين
وقوله ولو أشرع جناحا ظاهر وقيل المشتري أيضا متعد بتركه الرفع مع إمكانه شرعا وأجيب
بأن سبب ضمان القتل إما المباشرة أو التسبب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن يمكن من رفع حجر عن
الطريق ولم يفعل حتى عطب به إنسان فإنه لا ضمان عليه لأنه ليس بمباشر ولا متسبب واستشكل أيضا
بالحائط المائل بعد التقدم إلى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصاب
إنسانا فإنه لا ضمان على البائع وإن كان جانيا بتركه النقض بعد التقدم إليه والجواب أن صيرورة
صاحب الحائط ضامنا بالتقدم إليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح شاغلا
هواء الطريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع [وقوله] ولو خرج كنيا أي الجزء قيل فيه لو وضع إلى
أن الريح إذا هبت تزرها فأحرقت شيئا وجب الضمان لأن التعدي كان بوضع الجمر وهو باق

فى مكانها واليه ذهب بعض أصحابنا قوله وقيل اذا كان اليوم ريحا بحيث هو اختيار شمس الائمة السرخسي
رحمه الله والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني وقوله وتلك الفضى
اليها اي الى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح وقوله ولو استأجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل
وهو على وجوه ان قال اخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء داري فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة
غير ما قال ففعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون
به على الامر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه امرهم غالوا به تملك
مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر لو استاجر ليذبح شاة جاز له فذبح
ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناءه مملوك له من وجه على
معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث
الصحة يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل
قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان
امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع قضاء داره فبالنظر الى هذا كان امره معتبرا ووقع فعلهم
عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه
غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك يعني الصب والرش والوضوء وقوله
كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق الملك
بحقيقته وقوله لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في فنا
حانوته قيل الفنا سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة
وكسر الحطب **وقوله** يتفعل اي يثبت ويعلق بالبناء وقوله يجب الضمان على الامر لم يتعرض بان ذلك
اذا علم الاجير ان الفنا لغير الامر او اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على
ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير بحيث انه للمستاجر حيث قال وان استاجر
رجلا ليحفر له بئرا في الفنا فحفر ومات فيه انسان او دابة والفنا لغيره فان كان الاجير عالما به
فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفنا للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم
بفساد الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة ثقب في وسط
البيت وكذلك البالوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات
الاستبداد بالراي افتعال من الفوت وهو السبق وقوله وكذا الجواب على هذا التفصيل يعني
انه لو فعله بامر من له الولاية في الاجر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر احد ضمنه وقوله مما ذكرناه
يعني من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر
البئر وقوله وغيره يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله
وكذلك ان حفره في ملكه وان لم ياذن له الامام وقوله وكذا اذا حفره في فناء داره يعني وان لم
يكن الفنا ملكه وقد جاز له ذلك اذا كان الفنا مملوكا له او كان له حق الحفر بان لا يضر لاحد وذلك
له الامام اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا معنى هذا الجواب وهو انه يضمن اذا كان
الفنا لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق ومات
الواقع فيه جوعا او غما اي الحزن كما ان الغم في الصحاح يوم غم اذا كان ياخذ النفس من شدة
الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقييد قول ابي حنيفة انه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقه
معه الا ترى انه لو حبسه خلاف في بئر حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لان اثر

فعله

فعله وهو الغم اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر من الوقوع لوجوب الضمان وقوله وان استاجر اجيرا ليحفر وها
له في غير فنائه يعني بان كان الفنا للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما ضمنوا وان يعلموا ان الفنا في غير فنائه
او لا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر ولا شيء لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا وذلك يكفي
لنقل الفعل الى الامر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم الضمان
وبالناس حاجة الى ذلك فينقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر وقوله لانهم كانوا مغرورين
دليل قوله ولا شيء على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المامور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر
فيها استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المامور ويرجع الامر لكونه مباشرا وكون الامر مسببا والترجيح للمباشر
متضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب والاجير غير متعد فترجح
جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس مملوكا له فلا ينتقل فعلهم اليه ولم يبقوا مغرورين
فيبقى الضمان عليهم فبقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون
المامور به في ملكهم حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس مملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر
لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا
لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الامر وههنا لم يضمنوا اصلا والجواب ما اشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره
بان الذابح مباشر والامر متسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر مستحقا فقها وان
قال لهم هذا فنائي ظاهر وقوله وكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق
يده في التصرف الى اخره فان قيل قوله ليس له فيه حق الحفر مخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر
الدلالة لان الدلالة في مقابلته اجيب بان قوله ليس له فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس له ذلك في القديم وهذا
لفظ المبسوط فيكون الصريح مشتركا الدلالة لا له فلا يعارض الدلالة **قال** ومن جعل قنطرة
بغير اذن الامام كلامه واضح وقوله لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة بعد ما وضع الخشبة
يكون بعد باطلها ظاهر واما بناء القنطرة فلان الباني فوت حقا على غيره فان الله بريء في وضع القناطر
عن الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جنايته في حق الاعباد والجناية
تعد لا محالة وقوله وهذا اللفظ يعني به قوله فعطب به فهو ضامن يشمل ويتضمن وهما تلف الانسان
بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف
على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قول محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فعطب به انسان فمات قال الحامل ضامن
يشملهما والفرق بين العبارتين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب
به انسان لم يضمن وهذا بالنسبة الى الرداء فانه لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل
المصنف الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله يخرج بالتقييد بما ذكرناه يعني بوصف اللا
وقوله ما لا يلبسه عادة يعني مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة
على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد وقوله
ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من اهل
المسجد وقوله كنصب الامام يعني اذا لم يكن الثاني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار
الاسكاف قال ابو الليث وبه ناخذ لا ان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو اصلح منه ويجوز ان
يكون المصنف اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة
وقوله وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس

لغيرهم ان يكون والجماعة وقوله وقصد القربة لا يبالي في الغرامة جواب عن قولهما لان هذا من القربة
وقوله كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطأ الطريق فان شرطها ان يكون الشهود
اربعة ثم من تبع شهادته فاذا انتقض انقلبت قذفا واستوجب الحد **قال** وان جلس فيه رجل
منهم فان جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فاما ان كان في الصلوة او لم يكن فيها فان كان
في الصلوة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلوة فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن
فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن
او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلوة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر
مارا او قعد لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر
الرازي رحمه الله وقال بعضهم وهو اختيار بعض ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان
فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال واذا كان في غير الصلوة ضمن لفظ الجامع
الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيانا لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف
يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على خلاف كما رأيت وكان من حق الكلام ان يقول فقيل
على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر
قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال وقوله
وانتم عاكفون في المساجد وقوله وله ان المساجد انما تبنى للصلوة لان المسجد موضع السجود الا ترى
ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يبطل
موضوعه الاصلي دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلوة فيه ولا دلالة لما ذكر من الاثنين
على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلوة مسلم لكن لا بد من التفرقة
بين الموضوع الاصلي وما الحق به والباقي واضح

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل يناسب الجرص والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها في فصل
على حدة **قال** واذا مال الحائط الى طريق المسلمين اخذ الشافعي في هذه المسئلة بوجه القياس
ولم يوجب الضمان وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروي عن علي رضي الله عنه وشريح
والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب وقوله وكم من ضرر خاص
يتحمل لدفع العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للاكلة عند خوف هلاك النفس وقوله
وتحملها العاقلة قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشياء على التقدم اليه
في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار في يده لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر
لا يستحق به على الغير وقوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك
هذا مخوف او يقول انه مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه فذاك
مشورة وليس بشرط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا او صبيا او امرأة
لما مال الى طريقهم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها صاحب الدار او سكانها او مال اليها
وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او اعارة لم يفض حتى لو سقط على انسان
فلا ضمان على احد وقوله والشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب
عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله لان فعل هؤلاء كفعله اي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي
والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط الحائط
اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت

ولايتهما

ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير لانهما تركا الهدم مع تمكنهما
للصبي وينظر اذا لم يكن الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقض دفع مضرة محققة وهي مضرة
مؤنة النقض وبانه لما وقع النقض دفع مضرة موهومة لو اذا لم يسقط وان سقط لا يهلك به
شيء فكان تركه انظر للصبي [illegible] وقوله [illegible] عتق العبد يعني يتابع في ديون تجارة
وكان القياس ان يكون ذلك على المولى [illegible] ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد وجنايات
المراد بالمال كالحر فانه متمكن [illegible] اكتساب بسبب ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى
وقوله لان الاشهاد على المولى من وجه [illegible] على العبد [illegible] فظاهر لان الملك في الدار
للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من حيث ان الا ترى انه لو ادعى عليه انسان حقا في دار بيده ما دون له
ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر
وعند ابي حنيفة رحمه الله للمولى حق استخلاصها بقضاء الدين وكان في هذا تقدما الى المولى من وجه والتقدم
الى العبد من وجه فاعتبر في حق [illegible] تقدما الى المولى لما ذكرنا [illegible]
[illegible] والتقدم الى العبد [illegible] وقوله ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه
يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان وجهه
ما ذكر في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئا اما الذي تقدم فلعدم تمكنه من
النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من احد منهم
في ترك التفريغ والجواب ان الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم ادى الى الضرر
وهو مدفوع وقوله فعطب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل
الاول برفعه مفوض الى اوليائه لا اليه لانهم الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا وقع
الجناح على الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم عثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا
على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه القاه بيده عليه
فكان حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن القى شيئا
في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان هلك بتوابع الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان
نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه شيء يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق
مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلا
في حق القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره
في الكتاب واضحا وقوله فسقطت يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها ها
فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدث في ملكه سواء
كان الحائط مائلا او غير مائل كذا في المبسوط وقوله فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط
وقوله له اي لابي حنيفة ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر
يعني في البئر لان اصل ذلك اي اصل العمق والثقل كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو العلة اي ذلك
الاصل يعني ان الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة
الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك الا ترى انه لو اشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل
واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد عليه وعلى هذا تخرج
مسئلة الدلو فيقال لما اجتمع في حقه معنيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره
والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فلزمه

نصف الضمان ولابي حنيفة ان صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وخروج الرجل وقوله الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية فصار نصفا اليه واذا اضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر جعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين باعتبار احدهما واهدار الاخر والله تعالى اعلم

باب جناية البهيمة

والجناية عليها • ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان قوله لما اوطات الدابة الصحيح لما اوطات الدابة وقيل يجوز ان يكون مفعولا للايطاء محذوفا وفيه وتقديره اوطات الدابة يدها او رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطي وقوله ما اصابت بدل من قوله لما اوطات الدابة والكدم والعض بمقدم الاسنان والخبط باليد والصدم هو ان تضرب الشيء بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الاخر بنفسه ويقال نفحت الدابة اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من اوجه ثلثة لانها اما ان يكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او مشتركا متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها او لا فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها او برجلها او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سائقا لها او قائدا واما ان يكون راكبا عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها التلف نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة او تسييرها في ملكه والثاني وهو تسييرها فان وطئت بيدها او رجلها ضمن دون النفحة والكدمة وان كدمت او نفحت بيدها او برجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لانه في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف وكانا واطئين جميعا والمباشر ضامن متعديا كان او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان دخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها او قائدها او راكبها او لا واقفة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد اذ ليس ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقد اوقفها صاحبها عليه ضمان ما اتلفت في الوجوه كلها لانه بالاتفاق مسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان صاحبها معها او لم يكن فان لم يكن ان سارت بارساله او انفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلفت ما لم تتحول عن جهة الارسال يمنة او يسرة لان ارساله لها بلا حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان او سائقا او قائدا الا ان النفحة بالرجل او الذنب لانه مباشر او مسبب متعد والغرض من هذا الاطناب بيان قول المصنف رحمه الله الراكب ضامن لما اوطات الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب انما يستقيم في قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله او كدمت او خبطت او صدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر آنفا وذكر الاصل الذي ينبني عليه هذه الفروع فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه فان غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه مستند عن الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضح وقوله والمرتدف فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة ما بالتسيير على ما اراد لا يختلف لانهما في ذلك سواء وقوله هو يعني الاتفاق اكثر صدرا

بالمائة جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فيلحق به وتوجيهه انه اضر منه لما انه ادوم من السير فلا يلحق به وقوله والسائق ضامن لما فرغ من بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد وقوله والمراد النفحة اي من قولنا لما اصابت بيدها او رجلها وانما فسرت بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطي فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد الدابة عن المتلف وبابعاده عنها وقوله وقال اكثر المشايخ يريد به مشايخ ما وراء النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله فلا يمكنه التحرز وقوله وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطي مضمون بالاجماع وقوله وانتقال الفعل جواب عن قول الشافعي رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وههنا بتخويف الضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل اخر وهو ان سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار واي رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله لان كل ذلك سبب الضمان يعني ان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما اتلفت بالوطي وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة ويذكر تخليص العلل وتلخيصه في موضعه

فصل

واذا اصطدم فارسان فماتا • اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما الاخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الى اخره وفيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت حججنا الترجيح والثاني ان ما ذكره زفر قياس والقياس يصلح مرجحا وما صلح حجة لا يصلح مرجحا والجواب ان ما ذكره منقوض في الواقع في البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكر جواب عن المسائل المذكورة في جنبيهما وذلك ان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة احد له في فعله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الاخر كمن مشى حتى سقط في بئر حفرها الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرناه اذا كانا حرين في العمد والخطا اي وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا انه ذكر الخطا في وضع المسالة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي ان يسقط عن العاقلة لان الدية لا تثبت للميت لانه لا حاجة له والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امراة قطعت يد رجل خطا فتزوجها على اليد وما يحدث فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فيا لنظر

الى ان المنتهى او لا هو الجاني يسقط وبالنظر الى ان الراجع غيره لا يسقط ولا يسقط بالشك والباقي واضح وقوله
لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء يعني السرج وهذه الادوات كما في الحمول على عاتقه اذا وقع على شيء فاتلفه فانه يجب
الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق قوله ومن
قاد قطارا القطار الابل التي تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح **قال** وان ربط رجل
ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد او لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا
فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لامكان تحرزه عن ربط البعير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية
في مثله على العاقلة كما في القتل الخطا ثم يرجع على عاقلة القائد بما ضمنوه ثم يرجع على الذي ربط البعير وفرق
الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القائد والرابط لان العواقل
تتحمل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا لان القائد
حين علم بالربط قد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره وقوله وانما لا يجب الضمان
عليهما ابتداء ظاهرا وقوله قالوا يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ قالوا هذا
اي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنه
القائد بلا رجوع على احد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا ارسل كلبا
ومعنى سوقه اياه اي يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا وساقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا ام لو كان بعض المرسل
السابق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه وفي حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيدا لم يلزمه
شيء وقوله انقطع حكم الارسال كما لو لم يعطف يمنة ويسرة وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال
وقوله وهذه اي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف
وقوله بخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين في قوله على فورها اي فور الارسال
وهو ان لا يميل يمينا وشمالا وقوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله قال محمد رحمه الله هي
المنفلتة اي العجماء التي اهدر النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان اتلافها اذا كان في
فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا انفا فكان تفسيره احترازا عن الاجرا على عمومه وقوله من الارسال والاتلاف
او يقول من الارسال واخواتها تأويل الكلمة الى السوق والقود لما كان احتياجا الى الارسال احيانا ايضا
ولا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل ليس بشيء لانه ليس ههنا مؤنث معنوي حتى
فيما نقضه حتى تناقش على ذلك **قال** شاة القصاب فقئت عينها الجزر القطع وجزر الجزور نحرها
والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهو مؤنث وانما قال في جزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره
ليتبين ان البقر والابل وان اعدا للحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم او للحرث والحمل
والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان اعتبارا بالشاة
عملا بالظاهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك وروي عن
عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما
لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود
في مأكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وقوله اشارة
الى الجواب عن القياس على الشاة وقال ان المقاصد منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان
المالية وقوله لانه انما يمكن اقامة العمل بها دليل اخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا ترى ان
العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام وانما قال ذلك لان المعول به في هذا الباب النص فهو
ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله او نخسها يعني بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب

دلالها

دلالها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدي
ليس بشرط فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس يترك بالاثر وفيه اثر عمر وابن مسعود
وقد اشار المصنف ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل
الراكب قد انتقل الى الدابة لان الدابة المملكة انما كانت منها فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة
قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل على ذلك ملجئا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا
على ما فعلت الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب
عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبب ايضا لانه يحمل التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال
النخس اوجب الضمان على الناخس دون الراكب والسائق ايضا عند اكثر المشايخ وهما مما لا يمكن
التحرز عنهما فالجواب انهما لا توجد على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس وهو ما دون
كان سائقا وامكان التحرز انما يعتبر في حق غير التعدي وغير المأذون في ذلك متعد فلا يعتبر قوله
ولان الناخس متعد في تسببه دليل اخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي
ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ولك
ان تجيب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطي لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام
ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدم فكانا متسببين ويرجح الناخس في
التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان حقيقة ان لا يصلح معارضا
حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه فاعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار وكان ذكر
السبب وارادة المسبب وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولان الراكب والمركوب مدفوعان وفي
النهاية هو قوله لانه متعد بسببه وليس بشيء فتأمل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك
سواء يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الاتفاق في غير الملك
فانه يتنصف الضمان هناك على عاقلتهما **وقوله** والثاني اي الوطي مضاف الى الناخس لانه كالسائق
لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف وقوله
مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليهما اي الى النفحة وقوله ولا يتنافى وله من حيث
انه الملاقي لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله يقتصر عليه اي على
الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف فقوله والركوب وان كان علة جواب سؤال
تقريره الراكب صاحب علة للوطي على معنى انه مستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك
بمنزلة فعل رجل حقيقة ولهذا اوجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل
الوطي والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة الوطي لكن النخس ليس بشرط لهذه
العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطي فكان الوطي تابعا للنخس فيجب
الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما امر صبيا يستمسك انما
قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد اما على الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا ينقطع
السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى احد كانت منفلتة وفعلها جبار وقوله
والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع او يفدى والباقي ظاهر الى اخره
والله اعلم

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو
العبد واخره لانحطاط رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون اولى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب جنايته

المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته عنه ولهذا
لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة
كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك **قال** واذا جنى العبد جناية خطأ اه اعلم
ان التقييد بالخطأ ههنا يعتد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس
فلا يعتد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري
بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل لمولاه اما ان يدفعها او تعديه يعني بعد الاستثناء
فانه لا يقضى على المولى بشيء في ذلك حتى يبرأ المجني عليه اعتبارا لجناية الحر وقد بينا انه يستأني في جناية الحر
لان موجبها مختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وقال الشافعي
في اتباع الجاني بعد العتق وعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى
دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله
عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن
جبل وغيرهما وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جزاء جنايتهم في قيمتهم اي
في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله فتجب في ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون
شاغلا لمالية رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى دينه فكذلك ضمان الجناية وكما في الجناية على المال وفي بعض
النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ تجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله
بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة قوله ولنا ان الاصل الى اخره ظاهر وفيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة
مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على اصل فلا يقوم
لاحدنا حجة على الاخر ويمكن ان يقال الشافعي جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته
وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله
بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية
على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستندا الى النص الذي
لا يعقل ابطاله لكن مقتبس على اصل يبطل بابداء الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية ان يجب
على المتلف يبطل ايضا بقولنا الاصل ذلك في موجب الجناية العمد او الخطأ والاول مسلم ولا يفيد اذ الكلام
في الخطأ والثاني عين النزاع قوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني
ان يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب قوله لانه تخير استثناء من قوله
والمولى عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما
ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة
على وجه لا يورث الاجحاف واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار قوله غير ان الواجب
الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجبت الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد
كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان كان
له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينقل الى
القيمة ولهذا اي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل قوله في الصحيح
احتراز عن رواية اخرى ذكرها التمرتاشي ان الدية هي الاصل ولكن للمولى ان يدفع الواجب بدفع الجاني
وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار ان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش والمولى له
المخلص بالدفع ثم قال وان الرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد قوله

خلاف

خلاف الحر الجاني جواب عما يذكر ههنا مستشهدا به كما ذكرناه انفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر
استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في انها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد والله اعلم
قال فان دفعه ملكه ولي الجناية فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه فداه بارش
الجناية وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر والتاجيل
في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل ثم فيها وتحصيل الحاصل باطل واما الفداء فلانه جعل بدلا
عن العبد في الشرع فقام مقامه ولهذا سمي فداء فياخذ حكمه قيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد
في الحكم الا ترى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له
واداء الديون والمال يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب
بان الفداء الواجب بمقابلة الجناية في النفس او العضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي
كون الفداء كذلك ولما اختاره كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك كسائر الديون
حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل
فرجح جانب الحلول لكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا الكلام حسن وان لم يكن في لفظ
المصنف ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل
عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وذلك
ان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق
النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس بامر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله
فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوبه حالا فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو عدة
مرضي قوله على ما بيناه اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع الى اخره وان مات اي العبد
الجاني بعد اختيار المولى الفداء قولا او فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطولب بالفرق بين هذا وبين
خصال كفارة اليمين فان الحانث مخير وان عين احدها قولا لم يتعين وههنا قد تعين واجيب بان حقوق
العباد اوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا واما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل
فيتعين الواجب به قوله لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق
بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه
ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده لا تتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين
الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن ابقاء واستيفاء حكما وكان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق
به غيره وليس في الجناية كذلك قوله على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من
ان ينقسم على قدر المعوض قوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية
قوله على هذا حكم الجنايات يعني لو جرح رجلا موضحة واخر هاشمة واخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع
الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة نصفه
لان له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا قوله وهي الجنايات المختلفة يعني يجوز ان يختار في احدهم خلاف
ما اختاره في حق الاخر كما لو انفرد كل واحد منهم [illegible] والحق يجب للمقتول جواب عما يقال الحق وان
كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الى اخره لا يقال الملك يثبت للوارث
حقيقة وحكما وللميت حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت
اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى **قال** فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية
الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار

مختارا للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن يضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية
وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب قوله على هذين الوجهين يعني قبل العلم وبعده هو عبدك فادفعه
او افده فقال هو لفلان الغائب ودفعه عندي او عارية حتى تقيم على ذلك بينة فان اقامها اخر الامر الى
قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للدفع قوله والحقه الكرخي بالبيع
واخوانه في صيرورته مختارا لما ذكره في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول
قوله واطلاق الجواب يريد به قوله ضمن الاقل من القيمة ومن الارش الى اخره وقيل يريد به قوله في اول الباب
واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونها قوله وكذا المعنى لا يختلف لان كل واحد مما ذكر قوله
لانه يزيل الملك لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه ولسنا نحتاج اليه
ههنا قوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارا بهما لان
الملك ما زال قيل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مختارا للبيع والبائع بشرط الخيار
لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع
مختارا للفداء اجيب بان ثمة ضرورة لم يتحقق ههنا وهي انه لو لم يجعل مختارا او فاسخا هناك لكان تصرفه واقعا
في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية واما ههنا فلم يجعل مختارا للفداء لان
التصرف لم يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا قوله بخلاف الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده
الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه ثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة
نظير البيع الفاسد بعد القبض قوله فيما ذكرناه قيل يعني في اختيار الفداء وقيل في العلم بالجناية قوله ولو ضربه
فنقصه يعني بان اثر فيه حتى صار مهزولا او قلت قيمته بسبب اثر الضرب هو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس
جزءا منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى ولي الدم ان ياخذه
ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا كان النقصان حاصلا برضاه قوله واذا كانت بكرا
فوطئها يعني يصير مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزءا منه قوله بخلاف التزويج يعني
لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجز عن الدفع كما لا يعجز عن البيع وعلل المصنف بقوله لانه عيب من حيث
الحكم وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان هذا الاقرار يدخلها
نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى قال التزويج تعييب
وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يدها وعيبها وذلك ان التعييب حقيقة يثبت به اختيار
الفداء لان فيه حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك قوله بخلاف وطء الثيب فانه به لا يصير المولى مختارا
للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله في ظاهر الرواية احترازا
عما روي عن ابي يوسف ان مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على امساك العين
فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع وان لم
يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا للفداء الا اذا كان معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء
حراما لانه اذا اجاز البيع بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فيتبين
ان الوطء حصل في غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية
من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها ولا يتبين ان الوطء كان في غير ملكه قوله بخلاف الاستخدام
يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه
لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة
تنقض بالاعذار ويكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد

الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء قوله في الاظهر احترازا عما ذكر
في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع قوله وكذا بالاذن
في التجارة يعني لا يكون مختارا لانه لا يعجز عن الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان
الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعونه ولي الجناية اذا دفع اليه
فله ان يمتنع من قبوله **قال** ومن قال لعبده ان قتلت فلانا ومن علق عتق عبده بجناية توجب
الدية مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر لان
اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم وعند التكلم ليس شيء منهما موجودا وبعد الجناية لم يوجد منه
فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسألة المذكورة في الكتاب قوله ولانه حرضه دليل اخر ومعناه ان
المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعليق اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط
وهو الحرية والظاهر انه يفعله رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه
بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء
بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما علق بالجناية فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر
وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد
وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا قوله ووجه ذلك يريد به
بيان ذلك الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع
وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء وكان الدفع بمنزلة
الصلح لسقوط موجب الجناية وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين الاحرار والعبيد
واذا سرى تبين ان المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح
عنه لان الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل
لا يورث شبهة كما اذا طلق امراته ثلاثا ثم تزوجها ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة
لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان
الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بان يجعله صلحا عن الجناية وما
يحدث منها فيجعل مقتضى الحاجة ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل المولى ايضا لذلك دلالة لانه لما كان
رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير ارضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود
ولهذا لو نص على ذلك ورضي به المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق
لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل
قوله وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام وذكر في بعض النسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير
هذه المسألة على خلاف هذا الموضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى
بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة قوله الى اخر ما ذكر يعني وان لم يعتقه رده الى مولاه
ويخير الاولياء بين القتل والعفو وهذا الوضع يرد اشكالا قيل اي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة
وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبئ عن
الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع
فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد اشكالا على مسألة العفو وقيل هذا اي الوضع اي وضع
الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا فيما اذا عفي عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا
يجب قصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر ههنا

من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه
المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي
القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق
وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صحيح ظاهرا لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا
وتبطل الجناية لذلك لان العفو عنها ابطالها فبعد ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما بقي موجودا حقيقة وذلك
كاف لمنع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يمنع الجناية لم يمنع
العفو به هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل
على قصده الى اخره قوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت القيمة اقل من الارش
قوله اتلف حقين واضح قوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل
القيمة في الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا
عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون
الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والاصل ان العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع
بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لاصحاب الجناية وانما بدانا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجناية
يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومتى بدانا بالبيع في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه
يجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بعده واجبا اجيب
بان فائدته اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل
الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته جزاء فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع
وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تاخر الى حال الحرية
كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه
وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان
الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر قوله بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح قوله
فلا يظهر في مقابلته الحق يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا والله اعلم
قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين
ولادتها بعد جنايتها في ان الولد يباع معها في الاولى دون الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها
متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او غيرهما فكانت من الاوصاف
الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك
في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة واستخدام وانما يلاقيها
اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار وحصل عند الدفع قوله والسراية في الاوصاف
الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي
فهو امر اعتباري يمكن تحوله واعترض بوجهين احدهما لا نسلم ان دين الامة في ذمتها فان المولى اذا اعتقها ضمن
قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى
اثر الدفع الى ارش اختصت بجناية جنى عليها حاز ودفعه اليها بطريق الاولى لما ان ولدها جزءها وارشها ليس كذلك
فلما لم يسر الى ارشها كونه اثر فعل حقيقي كان اولى ان لا يسري الى ما ليس بجزء منها واجيب عن الاول بان وجوب ضمان
قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على
المولى والا لوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف

وهو الدين

وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة ولا يقال
هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف
صورة النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة فانت مخلصه معلوم وعن الثاني بان الارش بدل جزء متصل فانه
بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء العوض قام العوض مقامه كما لو قتلت وادى
المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء
ولا بدلا عن جزء قوله واذا كان العبد لرجل صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالجناية قبل
الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك قوله وابراء العبد يعني من كل الدية لان من قطعه فيها
وابراء المولى العبد لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك او مستهلكا
حق المجني عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشيء ولا على
العاقلة لا تحمله قوله واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت
اخاك خطاء وانا عبد وقال الاخر بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره
الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف بالرق والوجوب في جناية العبد على
المولى دفعا او فداء واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر في ذلك التاريخ
فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله
فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق قوله كان القول قوله يعني مع يمينه قوله لما ذكرنا اشار
الى قوله لانه منكر للضمان قال ومن اعتق جارية ثم قال لها هذه المسئلة ايضا مبناها على اسناد
الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي واخذت
منك غلة عملك وانت امتي وقالت بل كان بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الاشياء قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقر باخذ شيء
منها بعينه والماخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد صحيح عليه بناء على الاصل المذكور
واجاب عن خلفا التي القايم بعينه انه اقر بيده اي بيد الماخوذ من حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى
التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى
ما يبريه فلا يكون القول له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها
وهي مديونة بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا الاخذ من غلتها
وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما
فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك برائته عن ضمان
العين قصاصا وارشا وقال المقر له بل فقاتها وعينك مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية وهذا
بناء على ان جنس العضو المتلف اذا كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا ان موجب
العمد القود على سبيل التعيين ولذا لا يعدل الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان
ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين الشخص ثم شلت يمينه وفقاء العين بالعور لا قصاص فيه ولا
يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد فقاء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار قوله وكذا
يضمن مال الحربي اذا اخذ وهو مستامن ليس له تعلق بما نحن فيه في مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة
اخرى صورته مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم
اخذت مالك وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانهما على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد
انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا

دينا فكان قد اقرّ بسبب الضمان ثم ادّعى ما يبرئه فلا تسمع الا بحجة والله اعلم والحاصل ان هذه المسألة على ثلاثة اوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا اخذ الغلة او وطئها وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقرّ المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم بعينه وفي وجه اختلفوا فيه وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقرّ به والاخر ان من اقرّ بسبب الضمان ثم ادّعى ما يبرئه لا تسمع الا بحجة فالوجه الاول مخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرّجه محمد على الاول وهما على الثاني قوله واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكره ظاهر قوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين قوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من قيمة الفداء او قيمة العبد لانه انما التزمه بامره ما هو الاقل منهما فان العبد كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة واصل هذا انما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه واما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهو ان فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضولي اخر باع نصفه واجاز المالك كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه المسألة ثلاثة ارباع العبد لولي الخطا وربعه للساكت لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الاخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضولي ولابي حنيفة ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا في عشرة الاف وحق الشريك العافي خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة الاف درهم الف لرجل والفان لاخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء **قال** وان كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فسره المصنف بقوله اي قريبا لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد عبدا لهما اعتقاه فعفى احدهما بطل حق الاخر في النفس والمال جميعا عند ابي حنيفة وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى شريكك او افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة والاشهر انه مع ابي يوسف قال ابو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من الموليين في نصف العبد شايعا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقى على اصل الحرية والمولى من دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما هو فيما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع

مالا فلي

مالا فلما اصل هذا او اصل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلال فالاكثر او التعويل على المسموع

فصل

لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعل قوله ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له بعشرة الاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضي لها بخمسة الاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال اخرا وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او ببقاء العين او بدله لا بقائهما فلا يكون ذلك الا بعد هلاكه وصار كقليل القيمة وكالغصب واما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا لانه يرجح جانب المالية على الادمية لان المالية واجب الرعاية والادمية في ذلك اكثر لان المالك وان كثر لا يملك النفس ويماثل المال ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا بالاطلاق وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بالاطلاق والادمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الادمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم لان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية بجميع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله وضمان الغصب جواب عن قولهما وكان كالغصب قوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله وفي قليل القيمة جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة قوله باثر عبد الله بن مسعود وقع في بعض النسخ ابن عباس عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي ان عمر وعليا وابن عمر رضي الله عنهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو ما لا يهتدي اليه العقل والمثبت فيما روي عن غيره ذلك لا رواية فيه بل الا مولى من بلغ قيمته ما بلغت فكان محمولا على انهم قالوا بالراي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية فانه في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يتعلق به القصاص ولا الكفارة فعلم ان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسة قوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني تجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو اي القيمة بدل الدم على ما قررناه اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وان غصب امة ظاهر **قال** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى صورة المسألة ظاهرة وكذا الحكم في المذاهب وقوله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى قوله لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته تمنع القصاص قوله وقيد الكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيده اي في وجوبه على وجه يستوفى لا على اصل الوجوب لانه لا فائدة الا الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره

وقيل اي في تعذر الاستيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء
قوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه
باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيله لان الملكين في الحالين مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون
الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون
الاجتماع مفيدا بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص
لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص يسقط حق الموصى له بالخدمة
لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات
حقه فيستوفيه الآخر وزال الاشتباه قوله على اعتبار احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى
هي حالة الموت بعد العتق قوله فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يجري بعد اعتبار الآخر
كذا على الف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن بيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال
والاموال مما يقع البدل والاباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب فيها كذا في الشروح وفيه نظر فان الاصل
بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال تثبت كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه
من الدماء والفروج فانه استشهد بعدم حل الوطي وهي مما يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري فيه البدل
وهو راجع الى الاول قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة
للبداية وذلك يمنع القصاص الا ترى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن
عليه القصاص ولا القيمة وانما يجب النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد لان الله تبارك وهو
مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية بلا قطع فيمنع القصاص كانه تلف بآفة
سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل
لانه اذا سرى تبين انه قتل لا قطع ولما انا تيقنا بثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه لان المقضي له
وهو المولى معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني
اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي
له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف السبب ههنا اي في الفصل الثاني وهو ما
اذا لم يكن للعبد وارث سوى المولى في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد
وهو المولى بخلاف تلك المسألة يعني المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية الى آخره فان الحكم فيها
مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبته ولو
اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب **قوله** والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله
ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع للشركة في صورة الخطأ دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية
لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه
قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه دينه وينفذ منه وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد
فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الفرض انه لا وارث
سواه فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل من هذا الكلام ان صور من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات كانت
على اربع لانه اما ان يقطع عمدا او خطأ فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان يقطع
الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان
كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث او لم يكن ولا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة
بالقطع والثاني ظاهر **قال** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا . اذا قال لعبديه احدكما حر ثم شجا

فاوقع

فاوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل به على ان العتق لم يترك
على احدهما في حق الارش متعينا وان كان ظاهرا وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه
اذا قال احدكما حر فمات احدهما او قتل تعين العتق في الآخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة
تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة
عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان ظاهر وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من
وجه على ما عرف في الاصول ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء ولو مات احدهما
فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء
العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما
حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا
او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة
للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما يجب ديته في حال
وقيمته في حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفا فعليه نصف قيمة
كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية ولكن ليس احدهما اولى من الآخر فيلزمه
نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول
فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان
كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين
لانه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط
ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق
في حق المولى ثابت في احدهما ولا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك
وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول للمولى وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر
لك من هذا ان ما ذكره المصنف فيما اذا كان قتلهما معا كان القاتل واحدا او اثنين قوله ولكن القياس معطوف
على ان في قوله والفرق ان البيان انشاء ووجهه ان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فايقاع العتق
من اهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وايقا
له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في
النفس لانها محل العتق دون الاطراف لان حلها حل بيعها فبقي العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس
قال ومن فقأ عيني مملوك هذه المسألة تسمى مسألة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل
الشافعي رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر او مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى
عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي
جميع البدل وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة
بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسلك الاموال واذا كانت معتبرة في
الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات وكان اتلاف الاطراف
كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب
الضمان والضمان يتقدر بقدر قيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تمليك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة
بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى
ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس

ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في الاستدلال لبعض اصحابنا فقال ولهما اي لابي يوسف ومحمد ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد الى اخره وبين الملازمة بقوله كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان ولنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا الى اخره وهو واضح قوله ثم من احكام الاولى اي الادمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي يتوزع كما لا يدل النفس على النفس والفائت من الطرف لا يكون بازاء الفائت لا غير كما في قطع الحر فلا يتملك الجثة قوله ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة ويملك الجثة كما في تحريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الادمية ينبغي ان لا يجب الضمان مقسوما بل بازاء الفائت لا غير وبالنظر الى المالية ينبغي ان ياخذ كل بدل العين مع امساكه الجثة كما انه يتمكن من ذلك في المال وفيما قالا الغاء لجانب الادمية حيث جعلاه كالثوب المحروق وفيما قاله الشافعي رحمه الله تعالى الغاء لجانب المالية اصلا حيث جعله كحر فقال عيناه فوفرناه على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا شيء له نظرا الى الادمية

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط في اسم المملوكية اولى بتاخير ذكرها عن ذكر المدبر قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر وام الولد على سيده في ماله دون عاقلته حاله لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكره عليه احد فحل محل الاجماع ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة قوله ولا تخيير بين الاقل والاكثر واضح قوله ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكر في المبسوط وقال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته الى الفين ثم قتل اخر خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل اخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الف من هذه لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما يثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم فلا حق له في الالف الثانية فسلم ذلك الى القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثاني وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة الاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة الاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب الا بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على ذلك فلا شيء عليه اي على المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء قوله وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي الجناية اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه لم يكن متعديا في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء ولانه فعل بنفسه عين ما يامر القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة ان كل واحد من الدافع والقابض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعا واما

القابض

واما القابض وهو ولي الجناية الاولى فيقبض حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز فيختار في الرجوع وبين ذلك بقوله وهذه لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهنالك لو دفع الى احدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للاخر الجناية فكذلك هنا قوله عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبه التاخير في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه لما ابطل ما تعلق به حق الثاني لم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر قوله واذا اعتق المولى المدبر الى اخره واضح والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية على ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال ومن قطع يد عبد ثم غصبه رجل ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد ما قطع المولى يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بافة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرا الغاصب عن الضمان واعترض الامام قاضي خان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضى لان السراية انما ينقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله فلا فقال نص عليه في اخر رهن الجامع والباب الثاني من جنايات الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرا عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فيقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكما لما ان اليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا يصلح معارضا ولا مرجحا واذا غصب العبد المحجور عبدا واضح قوله مواخذا بافعاله يعني في حالة رقه واما في اقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية قوله ومن غصب مدبرا واضح قوله ومن غير ان يصير مختارا للفدا لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا قوله فيصير ظاهرا قوله فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب اي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى ان ياخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا قوله ويدفعه اي النصف الماخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان لا يدفعه اليه لئلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه فلا يزاحمه فيه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه اتماما لحقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذ على الغاصب

لانه انتقص من بدنه بسبب كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون في حق الاولى في جميع القيمة
والجواب ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى منفكة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة
من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمنع بلا مانع **قال** وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل منه المسئلة
عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد بينها وبين المسئلة المتقدمة انه متى
دفع النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية
الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولي الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية
هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل قوله ثم وضع يعني
محمد وضع في الجامع الصغير هذه المسئلة في العبد بعد ما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح **قوله** ومن غصب
مدبرا فجنى عنده جناية كذلك قوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف يعني قال بعض المشايخ في هذه المسئلة خلاف
محمد ايضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من حقه
وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى ثم يرجع على الغاصب قيل وهذا هو
الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف ولذلك ذكره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير
فعلى هذا احتاج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكر في الكافية لكن قوله اما في هذه المسئلة فيمكن الى اخره فيه نظر
لان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حصة اولى مرة ولم يبق لولي الجناية استحقاق
حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذ **قوله** ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير
اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته
وكلامه ظاهر خلا انه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي
في التسبب فيه موجود واجيب بان المكاتب في يد نفسه واذا كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن
تعديا فاصابه شيء من ذلك اجيب بان حكمه ان ينظر الى ان قدر على التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ
نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه عن حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع
امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه
حفظ نفسه **قال** واذا اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي
مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع
وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة
ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير
ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تقسيم حسن قوله وهذا ابدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق تابعة
فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان
والتمرتاشي فالحكم على هذا اجيب قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا واما اذا لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم خلافه
جميعا قوله وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني فانه يضمن للتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك
في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من اتلفه
لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه قوله في يد مانعه اي من الايداع والاعادة يعني ان
المودع وضع المال في يد مانعه عن الايداع ومن فعل ذلك لا يستحق النظر لانه اوقع ما له في يد غيره عليه باختياره
الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الا اقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا
للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي
ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه والا لا تستدل لباب الوديعة ويمكن ان يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال

لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم
اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال اقامة غيره مقام نفسه
يستلزم اثبات ولاية المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور
الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في ايداع الصبي الاجنبي قوله لان عصمته لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار ان
المالك بعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى
ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا
بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اودع الصبي
شاة فخنقها فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك لحرمة ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا
مناقض فيما لا يملك الاتلاف من حيث كونه ادميا والشاة ليست كذلك وانما لا يملك خنقها من حيث انه تضييع
فكان كالتسبب قوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي دفع في يده المال دون غيره يعني ان المالك
بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله اعلم

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال
الى القسامة ذكرها في اخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم
بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما
ذكرنا وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانها وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت
وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية
عند النكول ان ادعى الخطا ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل
شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما يأتي قوله يتخيرهم الولي اي يختار من القوم ما يحلفهم قوله بالله ما قتلناه على
طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز انه باشر القتل
بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه اي مذهب الشافعي كمذهبنا غير انه لا يكرر
اليمين قوله ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل
براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين له حجة وبقية كلامه واضح قوله
لانه يمين وليس بشهادة تحترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لان اللعان شهادة والاعمى والمحدود في
قذف ليسا من اهل ادائها **قال** واذا حلفوا قضي على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية
في ثلث سنين قوله تبريكم اليهود بايمانها قصته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة
خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر يتشحط في دمه فجاؤا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم
الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك فقال من قتله قالوا ومن يقتله
سوى اليهود قال عليه السلام تبريكم اليهود بايمانها قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه فقال
عليه السلام اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي بقوله تبريكم اليهود بايمانها على
انه لا دية بعد الحلف والا لما كان ثمة براءة ووداه فبيّنه من عنده قوله بذلك عمه اطلاق الجواب في الكتاب
اي في كتاب القتل ذوي اشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف
خمسون رجلا منهم الى اخره وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة والدية فيما اذا كان
الدعوى على البعض بعينه قوله على اختلاف يعني في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى

قصاصا على غيره فمحمد استخلف بالاجماع الى اخره قال وان لم يكمل اهل المحلة خمسين وانما البداية اي انما البداية واهل اللغة يقولون
وآباءه ولم يذكر الانف وحكمه حكم ذبره وذكره وذكر العمر مطلقا وقد قيل الى صعد من حوله الى قبة واما اذا نزل من راسه
الى جوفه فليس بشيء لا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر قوله ولانا لو اعتبرناه يجتمع
فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر وذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لو وجب
بالنصف الاخر فيتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان تجب القسامة
اذا وجد الراس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجب
به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فلزم التكرار وقيل كان ينبغي ان يقول لئلا يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد
دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية يستلزم ان يكون
اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرر ان في خمسين
نفسا قوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور وعدمه قوله لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا اعترض
عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة
عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها واجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم
لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية
بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية
تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا
واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لانه حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا
يجب فيه شيء فكذا هذا اوهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق
في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى والصواب ان يقال الظاهر هاهنا
ايضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حياته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وقوله عليه
السلام اتهم كسجع الكهان قوموا فدوه **قال** واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فاذا
وجد قتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن وكذا اذا كان
قائدها او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم
لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولبت بالفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا وجد القتيل في
الدار فان الدية هاهنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا او لم يكونوا وهناك على الملاك لا على
السكان واجيب اولا بانا لا نسلم ان الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم
يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقوله السائق او الراكب واما اذا كان لها مالك معروف فالقسامة
تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية
على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف او لم يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للراي والتصرف
والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا ينقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والراي
والتدبير الى من بيده الدابة لان يد المالك عنها بالاجارة وبالانقلاب فتكون القسامة على الذي
في يده الدابة قوله والا دعوة وارجحت فيلتان من همدان وما بعده ظاهر ولا يدخل السكان في القسامة
مع الملاك يشير الى اختلاط السكان بالملاك قوله وهو قول محمد يشير الى ان محمدا ليس في هذا القول
باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف هذا الاختلاف فقال وقول
محمد مضطرب وقال ابو يوسف يعني اخرا وكان قوله اولا كقولهما وما بعده ظاهر قوله وهو على اهل
الخطة دون المشترين الخطة المكان المختط لمكان دار وغيرها من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك

اوالسائق م

القديمة

القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطة ليتميز انصباؤهم
والضمير راجع الى المذكور اي المذكور وهو وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل الخطة والدية على
عاقلتهم قوله وقيل ان ابا حنيفة بنى على ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني من ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين
يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك وفيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين
المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما مستويان في القسامة والدية
بالاجماع وفي المحلة فرقا ما وجبا القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع ان كل واحد منهم لو انفرد كانت القسامة
عليه والدية على عاقلته ووجهه ذلك ان في العرف ان المشترين قلما يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير
والقيام لحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما اشتروه من الدار واجارتها واعارتها
هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار قوله لما بينا اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص
قوله انه اصيل والمشتري دخيل قوله لان الولاية انتقلت اليهم يعني على قول ابي حنيفة ومحمد وخلصت لهم
على قول ابي يوسف قوله لزوال من يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم قوله او زاحمهم يرجع الى قوله
واذا وجد القتيل في دار يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي
القسامة روايتان ففي احداهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا اندفع ما يرى من التدافع
بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هاهنا فالقسامة على رب الدار
وعلى قومه يحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي
توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا
كانوا حضورا او يتوافقون ورواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر **قال** ومن اشترى دارا
فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه
ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا
ولاية الحفظ تستفاد بالملك واذا وجدا في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك وللاخر اليد كان
اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا
فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فهو اي المذكور وهو اي
الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند ابي حنيفة وعندهما ان كان الاول
فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي يصير له ودليلهما واضح قوله ولهذا اي ولكون ولاية
الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه
وان كان له يد وكذا دليل ابي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج
في دليله وذلك لانه قال لان القدرة على الحفظ باليد واطلاق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل
في اليد ما كان اصالة وبيد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر قيل ما الفرق بين الجناية وصدقة
الفطر فانه يعتبر اليد الملك في الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت
مع المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكرنا في الدليل قوله ومن كان
في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا
انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده ولا يخلو في وهمك صورة
مناقضة في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لليد لان اليد المعتبرة
عنده هي التي تكون بالاصالة على ما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح قوله والفلك اي لفظ القدوري
وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل اربابها اي ملاكها وغير ملاكها قوله وهذا اي كون

الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان السكان يدخلون في القسامة مع الملاك
ظاهر واما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر **قال**
وان وجد في مسجد محلة كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فعند ابي يوسف يجب على السكان لي سواء كان السكان
ملاكا او غير ملاك قوله كالشوارع العامة التي يتبايع فيها فعلى بيت المال قال في النهاية وانما اراد به ان تكون
نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال فهو محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة
وكذلك السوق النائي اذا كان من يسكنها في الليالي او كان بها حلا لاحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية
عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير قوله وقد بيناه يعني في مسألة
وان مر وانه بين قريتين وعليها قتيل قوله وان وجد في وسط الفرات يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية
الفرات بذلك ولذلك ذكر الوسط للتخصيص بل لما دام جاريا بالقتيل كان حكم الوسط فاما اذا كان موضع
انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء
في دار الاسلام فيجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث او مكان
اخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فيجب الدية في بيت المال قوله على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قبل هذا
مجهول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت قوله لم تسقط القسامة عنهم يعني والدية عن عواقلهم قوله وقد ذكرنا
يعني الذي ذكر في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه الى اخره قوله قد بيناه من قبل يريد
به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة قوله فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا عنه وافترقوا
قوله لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر بمعنى كما في قوله صلى الله
عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهله اهل المحلة وانه
من خصمائه اجيب بانه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في
محلتهم قوله لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق اي الاستحقاق وعند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه اي في
اوائل باب القسامة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم
لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق **قوله** وان وجد في خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة
فكانه اعظم من الخباء قوله لعلى اقرب الاخبية قيل هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية
والقسامة عليهم قوله وان كان القوم لقوا قتالا لا يجوز ان يكون حالا اي مقاتلين ويجوز ان يكون مفعولا
مطلقا لان القوا في معنى المقاتلة وان يكون مفعولا له اي للقتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في
دار الاسلام ولا يدرى ان القاتل من ايهما يترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا
يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح
حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص
باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك قوله
وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكر فاموا الى اخره قوله وقد ذكرناه
اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال
ابو يوسف هو عليهم جميعا قوله واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله
قتله غائبه ما في الباب انه استثنى عن يمينه حيث قال فلان قتله وهذا لا ينافي ان يكون المقر شريكه في
القتل او يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف على انه ما قتله ولا يعرف له قاتلا غير فلان **قال**
واذا استشهد اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة عليه انه قتله قال ابو حنيفة رحمه

الله

الله لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصما وقد بطلت بدعوى الولي القتل على
غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة انهم جعلوا خصما تقديرا
للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية
بعدما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل القاضي قوله وعلى الاصلين هذين يعني الاصلين المجمع عليهما احدهما
ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج لا تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل
والثاني اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وابو
حنيفة جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم خصما في هذه الحادثة بوجود القتيل بين اظهرهم فانه
السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر رضي الله عنه وانا اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم
وبدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم
خصما وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم
زالت العرضية فتقبل شهادتهم قوله تخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسألة
الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم كما مر واما
على الاصل الثاني فمسألة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما
لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلت الشفعة وقد بطلت بتركها **قوله** ولو ادعى ظاهر
قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في مسألة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة في باب القسامة
بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء
الامر قوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح
ان كان عمدا او الدية على العاقلة اذا كان خطاء فاذا لم يعلم الجارح فاما ان يصير صاحب فراش حتى
خرج او يكون صحيحا حينئذ يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول
ففيه القسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه
قول ابي يوسف ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا اوجب
القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش ثم يسري ثم مات
وجب القصاص واجيب بان القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس
فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قبل شرعا لانه صار
مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة
واما اذا كان صحيحا يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة
قوله ولو ان رجلا معه جريح الى اخره حكمه ظاهر من مسألة من جرح في قبيلة فنقل الى اهله ولهذا قال في اخره
وقد ذكرنا وجه القولين فيما قبله من مسألة القبيلة قوله ولو وجد رجلا قتيلا في دار نفسه اعلم ان المصنف
قال فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فيجب على
عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر او مخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الورثة فلا تنافي بينه
وان كان التي كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسألة والى
الثاني في دليلها دالا على التقدير الثاني مقتضاها واعترض على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته وما ذكر في
الكتاب من وجه المسألة للجانبين ظاهر واعترض على وجه ابي حنيفة بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة
فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب للمقتول حتى يقضى منها ديونه
وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته ويكون

ميراثا له ثم اعلم بانه رحمه الله تعالى صنع مثل ذلك في ذكره الدليل في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة اشارة الى
ان القسامة واجبة عليهم ووجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم يذكر في الاصل واختلف
المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول ابي حنيفة فمنهم من قال لا يجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس
ههنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره
فيكون فيه من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم
وجوب الدية وما اطمعه مختار الله تراه ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره
كالنقض على ما ذكر اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهور الى اخره يعني انما صار دم المكاتب هدرا لان
حال ظهور قتله يثبت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه
واذا كان الدار على حكم ملكه جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور
قتله لم يكن الدار على حكم ملكه لعدم بقائه اهلية للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في
دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية قوله ولو ان رجلين كانا في بيت ظاهر قوله كما
اذا وجد قتيل في محلة يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا قوله قال المتاخرون
اي من مشايخنا ان المراة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصو
على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة
فكما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه القسامة بل
تجب على الرجال فلا تدخل في العقل ايضا قوله لانه احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير الى
صاحب الارض لا الى اهل القرية

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها فذكرها واحكامها
في هذا الكتاب وقال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها قوله وكل دية مبتدا وقوله
على العاقلة خبره قوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح او الابوة فهي
في مال القاتل لا على العاقلة قوله وقد ذكرناه يعني الدية فيما قبل العقل قوله وكذا الذي تولى
شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله قوله وفي ايجاب مال عظيم اجحافه فسر الاجحاف
بقوله واستيصاله قوله وانما قصر يعني ان القاتل انما قصر لحالة الرمي في التثبت او لتوقف قوله
وتلك اي القوة قوله كتبت اساميهم في الديوان الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها
لانها قطع من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر رضي الله عنه اول من دون الدواوين اي الجرائد
للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة قوله من عطاياهم
العطا اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطا قوله وذلك ليس بنسخ بل
هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولا نسخ بعده قوله بالحلف بكسر الحا
العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة قوله والولاء اي ولاء
العتاقة قوله والعد هو من العديد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان اذا عد فيهم
قوله وان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث سنين اي ثلاث سنين او اقل مثل ان يخرج عطاياهم الثلث
في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة اخذ
منهم الدية فيها قوله لحصول المقصود يعني ان المقصود ان يكون الماخوذ منهم من الاعطية وذلك
يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في اكثر من ثلث سنين او في اقل منها قوله وتاويله اي تاويل
كلام القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضا فيكون المراد بثلث

بسنين

سنين في المستقبل فلا بد من التاويل قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضا قوله واذا كان جميع
الدية واضح قوله ولنا ان القياس يابا اي القياس يابى ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه
لان القياس من حجج الشرع وهو لا يثبتا فرق الشرع وورد به اي بايجابه مؤجلا في الخطا فلا يتعداه فان
قيل هذا الغير في معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتدا والمساواة
من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التاجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها قوله لان الواجب الاصلي
المثل لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس بالنفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز
عن استيفا النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضا فيعتبر بالقضا ابتدا وهاهنا
وقيمته اي من وقت القضا كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضا القاضي وان كان رد عينه قبل
القضا متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضا لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا
لو هلك الولد قبل القضا لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضا
على ما نبين قوله وهذا اي قول القدوري لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها
اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع الدية او اثني عشر وليس كذلك فان محمدا نص على انه لا يزاد
على واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم
وثلث درهم قوله وهو الاصح احتراز عن ما ذهب اليه بعض مشايخنا فهما من اشارة كلام القدوري
وذكر في المبسوط وقال ذلك غلط قوله ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا الجواب
انما يستقيم في حق العرب لان العرب غلط قوله ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا
الجواب حفظت انسابهم فامكن ايجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل نسبا فبعد ذلك اختلف المشايخ
فقال بعضهم يعتبر الحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم تجب الباقي في مال الجاني قوله
فيستوي بين الكل يعني الاباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه تجب على سبيل المواساة **قوله** ولو
كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق بين العطية والرزق ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق
ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر قوله وادخل القاتل مع العاقلة يعني اذا
كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا ايضا كما لا يجب عند الشافعي
قال وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل كلامه واضح قوله وعلى هذا
لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما من الدية قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل
المعاقل كما اذا وجد القتيل في دار امراة حيث ادخلها المتاخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة
وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تعد قاتلة بسبب وجوب القسامة
لا يقال اذا لم يجب على المراة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة
تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول
في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا
يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال
قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امراة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل في قرية لامراة
فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب ان ذلك مذكور في
سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمراة
والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فيجب عليها لقيام
تهمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على جماعة يعقل بالنصرة فمن كان اهلا

لها يدخل ومن لا فلا ولا يدخل الصبي والعبد والمرأة وإذا وجبت على واحد يعقل به أهل القتل فمن كان من أهلها
وجبت عليه ومن لا فلا كالمرأة قوله والفرض لما مر في العطاء جواب عما يقال فرض الإمام للنساء الغزاة وذراريهم
من العطاء والعطاء إنما يدفع حماية لنصرة أهل الإسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء
ووجه ما قاله أن الدفع إليهن باعتبار المعونة أي معونة الإمام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما قوله وأهل
البادية أقرب إليه يعني نسبا قوله قيل هو صحيح الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان
أي أهل الديوان الذين هم من أهل المصر وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة يعني أن للولي الأبعد أن يزوج
إذا كان الأقرب غائبا قوله لا شبهة في المعاني الخاصة كحد السرقة والعذاب والقصاص ووجوب الدية قوله
فالدية في ماله في ثلاث سنين أي لا على بيت المال لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين
لانقطاع الولاية بينهما بخلاف المسلم فإن ديته على بيت المال إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية ويجي قوله
ويمكن من هذا القتل الذي ينصر نفسه لنفسه ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إياه قوله لعدم التناصر لأن التعاقل يبتني
على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض **قال**
والكفار يتعاقلون فيما بينهم ظاهرا إلا الفاظا نذكرها قوله وعاقلته أهل الكوفة الواو للحال قوله بخلاف
ما إذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد هذا القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل النصرة
إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم
أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل
وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم
فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله قوله لكن يقضي ذلك أي الإبل من مال العطاء بأن يشتري الإبل من مال العطاء
قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه كلامه واضح قوله ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية لأن القضاء
لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس فأما بدل
النفس فيتحمله العاقلة وإن كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن القتلة إذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم
وإن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لأنها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة أو خمسون درهما
فإنه يتحمله العاقلة لأن تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس
مقدار لم يوجد في التحمل إلا النص ولا علته فيجب في ماله قوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلفوا في تأويل قوله صلى
الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن إنما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه
شيء من جناية عبده إنما جنايته في رقبته أن يدفعه إلى المجني عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن
أبي ليلى إنما معناه أن يكون العبد يجني عليه يقتله حر أو يجرحه تقول فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة
قال أبو عبيد فذاكرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول
أبي حنيفة جائزا فذهب إلى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل
عبدا ومعنى قول الأصمعي أن في كلام العرب يقال عقلت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان إذا لزمته
دية فأعطيتها عنه قال الأصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت
عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا يعقل عن عاقلة عمدا
وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدل على ذلك لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا
فقوله بعد هذا أو لا تعقل العاقلة جناية العبد إضافة المصدر إلى فاعله وأما إذا جنى الحر على العبد فقتله
خطأ كانت على العاقلة. **قوله** والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم إلا أن في الإقرار
تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن الحال تجب المال حالا إلا أن شرط الأجل في الصلح فيكون مؤجلا قوله ففي

الثابت

الثابت بالإقرار أولى يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالإقرار لأن الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل
معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى قوله وتصادقهما حجة على نفسه قوله بخلاف الأول أراد به
قوله والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقر وإنما وجبت
هنالك في مال المقر لأن هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فتجب في مال المقر ضرورة فإن
قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمهما إلى عاقلته بقضاء القاضي فإذا توى على العاقلة بجحودهم عاد إلى
ذمة الجاني أجيب بأن هذا إنما يستقيم فيما إذا كان أصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فإنه
صلة شرعت صيانة الدم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول إليه بحال سواء
استوفى من العاقلة أو لم يستوف قوله وقد مر من قبل أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك قوله قال أصحابنا
رحمهم الله تعالى إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال يعني إذا كان القاتل مسلما بدليل قوله
لأن جماعة المسلمين هم أهل النصرة والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظاهر
قوله ثم أديت الكتابة أي فإنه حينئذ يرجع قوم الأم على الأب قوله والأصل الذي يخرج عليه أن يقال إن حال
القاتل إذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الأولى وقضى بها القاضي
أو لم يقض كالمولود بين حرة وعبد إذا جنى ثم أعتق الأب لا يتحول الجناية عن عاقلة الأم لأن هنا تبدل
حاله بأن انتقل ولاؤه عن موالي الأم إلى موالي الأب وكالغلام إذا احتفر بئرا قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في
البئر رجل بعد ما أعتق أبوه فإن القاضي يقضي بالدية على عاقلة الأم ولا يحمل على عاقلة الأب من ذلك
شيئا لأن الولاء الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملك آخر للعبد قبل الوقوع فإن
الجناية لا يتحول إلى الملك الحادث بل يبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فإن العبد إذا احتفر بئرا في طريق
المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يقع فيه إنسان باعه ثم وقع في ملك المشتري إنسان فمات فالضمان على البائع
لا على المشتري لأن ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجناية
وإن طرأت حالة حقيقية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وقد
ذكر صورته في الكتاب وكما إذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو
من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أديت الكتابة فإن عاقلة
الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب لأن عتق المكاتب عند أداء البدل يستند إلى حال حياته فتبين أنه كان
للولد ولاء من جانب الأب حين جنى وأن موجب جنايته على موالي أبيه فلذلك يرجعون على موالي الأب ولو لم
تختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة
تحويل الديوان من الكوفة إلى البصرة من قبل وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في
حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم إليهم أقرب
القبائل نسبا وقد تقدم قوله إلا فيما سبق أداؤه استثناء من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيما يعود ذلك
من الدين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم

كتاب الوصايا

إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية
معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضي إلى الموت الذي
هو وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في الشريعة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت
بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا
وقت الوصية وإن لم يولد وأجنبيا عن الميراث وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي قابلا
للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار

الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها فهو
ثبوت حق الموصى له اي يكون ملك الموصى به ملكا جديدا كما بالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصى
به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكر بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة قوله غير واجبة رد لقول
من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولغو لمن يقول الوصية واجبة
على كل احد ممن له مروءة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين
والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس ياباها
لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا
فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها الى اخر ما ذكر في الكتاب قوله ومثله في الاجارة بيانه
في انها عقد يابى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوزه بالاستحسان لحاجة الناس
قوله وقد يتبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من
بعد وصية يوصي بها او دين الى اخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر الرازي على
نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية بهذه الاية وقد ذكر الامام فخر الاسلام
في اصوله وقررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت
معهودة فانها الوصية للوالدين ولو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها
وبين بان هذا المقدار المفروض لكن المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دلت
ان الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر الامام فخر الاسلام وجها اخر وقد
قررناه في التقرير واستدلاله بالسنة ظاهر قوله وعليه اي على جواز الوصية اجماع الامة قوله [illegible]
الى قوله عليه السلام [illegible] قوله ويستحب ما هو الافضل بيان في نقل الوصية او في
قدر الوصية ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن
في كتاب الاثار قال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص قال دخل النبي صلى
الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث
والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة
يتكففون الناس قوله وهذا الانقطاع هو الظاهر في قوله لم يطهر واظهر للاستغناء قوله يتحرز عما يحصل
من الايثار اي احترازا عما يحدث من ايذاء البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض ما بعينه يعني
عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء
وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل قوله الا ان يجيزه الورثة استثناء من قوله ولا يجوز بما
زاد على الثلث قوله لان الساقط متلاش دليل قوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتعريض لان اجازتهم في ذلك
الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية وكان لهم بعد الموت
ان يردوه واما اجازتهم في حالة حياة المورث فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث
من اول المرض حتى منع عن التبرع في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث
بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم
يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان فان الملك فيه يثبت مستندا
الى اول الغصب وهذا يعني ما عن فيه من الاجازة قد مضى ولا شيء حين وقعت الاجازة فصادف محلها فلا يلحقها
الاستناد قوله ولان الحقيقة دليل اخر وتقريره ان حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله
مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب

وهو مرض الموت واما يتبين بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض
حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه
ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك انقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز كما مر فان قيل الوارث اذا
عفى عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد امرين اما ان لا يكون من الاستناد من كل وجه قلب الحق
حقيقة واما ان لا يكون هذا القتل مثل هذا القتل اجيب بان هذا القتل مانع اذا لم يتحقق السبب الجرح سبب الموت وقد تحقق
بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق بعد لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال
لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم
الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء
الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحقيقة ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول قوله والرضى ببطلان الحق
لا يكون ببطلان الحقيقة جواب عما يقال ان الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات
وفيه لا رجوع فكذا ايضا ووجهه انه قد عرف ان له حقا وحقيقة وانما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة
لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب قوله ولذا ان كانت الوصية للوارث [illegible]
ظاهر قوله وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي ذكره تفريعا على مسألة القدوري وجه قول الشافعي
رحمه الله تعالى ان بعض الموت صار بعد ذلك الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله
ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا ان الموصي صدر منه
السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكذا لا ظاهر الموصى له يتملك من الموصي قوله والاجازة رفع
المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وانما هو
رفع للمانع قوله وليس من شرط القبض رد لكونها هبة فكانه يقول لو كانت هبة لكان القبض شرطا وهو
ممنوع وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت
من قبله والاجازة من المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله
وذلك لا يدل على كونه الحاقا معتبرا من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والمحاباة تظهر فيها اذا جاز
في مرض يحتمل التهمة فان الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم
بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة **قال**
ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان او خاطئا لقوله صلى الله عليه
وسلم لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا
يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل من الميراث بسبب مغايظة الود
مغاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه
من كل وجه غير ملتزم ولعل المصنف عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل
وقال الشافعي رحمه الله تعالى تجوز الوصية للقاتل مطلقا لانه اجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا
الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في
الفصلين يعني فيما كان القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم
الجرح على الوصية وتاخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد
الوصية واما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال لانه واجب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية
لما ذكر في الايضاح ان المعتبر في كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا
يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية واعترض بعض الجاهلين بان ما ذكر فهو لو

[illegible]
الوارث كان له ان [illegible] بالاجازة
واسقاط الحق [illegible] صح

حتى عتق منه مائة لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل اجيب بان عتقه من حيث انه تم جعل شرطا للعتق وقد وجد ولكن المدبر يسعى في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث العتق لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة الى اخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تعرف من العبد فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فيعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فلا يعمل فيه تصرف العبد قوله ولانهم يرضونها بها اي الوصية للقاتل كما لا يرضونها لاحد اي لاحد الورثة وفي الوصية لاحدهم ان اجازها البقية نفذت فكذا القاتل قوله ولا تجوز لوارثه اي لوارث الموصي لقوله عليه الصلوة والسلام ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض الى اخر ما ذكر في الكتاب وقوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خص بعض الاولاد في العطية قوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت ذكر في فتاوى قاضي خان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرث وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه قوله واقرار المريض للوارث على عكسه اي عكس الوصية يعني في اقراره للوارث يعتبر وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت فيه على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا كان بسبب الاقرار ويعتبر كونه وارثا وقت الموت انضاما بين ذلك في مريض اقر لعبد فاعتقه ثم مات لا يبطل الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان رجلا اجنبيا عبدا او كتب لعبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وارى ان اطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل قوله الا ان يجيزه الورثة استثناء من قوله ولا يجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث الا ان يجيزه الورثة قوله ولان الامتناع لحقهم اي لحق الورثة الذي هو تاذيهم بايثار البعض دون البعض وبالتنصيص على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلث اجازوا ام لم يجيزوا لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي قوله ولو اجاز بعضهم ظاهر قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر ووصية المسلم للكافر الذمي وعكسه جائز فاما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم الاية نفي النهي عن البر والوصية لهم بر اليهم فكانت غير منهية واما الثاني فلما ذكر في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقال [illegible] الجامع الصغير انه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك لانهم من اهل الملك واما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بامان فهي جائزة لان له ولاية التمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلا انه لا فرق بين وصيته بالثلث وجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ليس كذلك قوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكر في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط

لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تمليك العين فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا ملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد ولا قبول فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا وتلزم وذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان قوله ويستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصله ان التعليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله صلى الله عليه وسلم ان تدع عيالك اغنياء الحديث ومعناه ما فوت الملك من الاجانب فترك المال خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا لان توصي بالخمس احب الينا من ان توصي بالربع ولان توصي بالربع احب الينا من ان توصي بالثلث والكاشح العدو الذي يضمر عداوته في كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها قوله والموصى به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا قوله ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان اشترى المريض شيئا واوصى به لرجل ثم الموصى له وجده معيبا فانه لا يرده على بائعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الفصلين جميعا كما في الوارث قوله ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعها بالنقض وذلك لان شرعية الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وامثال ذلك كثير قوله الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول قوله لان الدين مقدم على الوصية يعني في الحكم فان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فالجواب ما ذكرنا في مختصر الفرائض قال ولا تصح وصية الصبي كلامه واضح قوله ولو لم ينفذ سعي على غيره يعني اذا انفذنا الوصية كان نماءه باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم ينفذ سعي ما له على غيره وكانت الوصية اولى قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحكم يعني كان بالغا لم يمض بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه او كان تصنيفه في تجهيزه وامر دفنه ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او تكون الوصية في التجهيز وامر الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم يعني اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله بمعناه وقوله لانه اوصى لابنة عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لان راويه عمرو بن سليم وهو لم يلق وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا خالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه في الصحة وقال ابن حزم وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الاية فانها تدل على ان الصبي ممنوع من ماله قوله ويجوز التوقيت بجواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى قوله كما بينا اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى اخره فانه تعتد بما اصلنا الترك في الثواب اولى ويعلم فيه قوله والمعتبر في الشرع الضرر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا ترى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكونه للنظر العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من اهله قوله بخلاف العبد والمكاتب يعني اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث مالي وصية يصح لان اهليتهما مستتمة اي تامة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوط المانع قوله ولا تصح وصية المكاتب يعني بتجهيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر انفا قوله والخلاف فيها معروف عرف في موضعه يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من ايمان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك

لم تعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهما لهما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك قابل للإعتاق وهو ما بعد الحرية ولأبي حنيفة
أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الإعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الإعتاق فينصرف
اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر قوله ويجوز الوصية للحمل بأن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة
وبالحمل كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو
به ومعرفة ذلك بأن تجيء به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الإسبيجابي في
شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية أما الأول وهو الوصية
للحمل فلأنها استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته لا أنه تمليك في الحال والاستخلاف يصح للجنين إرثا
فكذا الوصية لكونها أختين فإن قيل لو كانت أختا جاز ردها أجاب بقوله إلا أنه أي يجعل الوصية أختا الإيصاء يرتد
بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه قوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية للحمل يعني أن
الهبة للحمل لا تصح لأنه تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض ولا قدرة لأحد
عليه ليملكه شيئا حصل الملك فيه بالقبض وأما الثاني وهو الوصية به فلأنه أي الحمل بعرضية الوجود إذ
الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية
أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لأنه لا يعلم
وجود شيء إلا بعد أن يصير موجودا وإذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود
بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله إذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض
قوله وبابها أوسع إلى آخره واضح وإن اختلج في ذهنك تناقض آخر من سمع الإثبات الوجود لجواز الوصية
ولو علم صحته للجواز لصحتها في غير الموجود فالجواب ستعرفه إن شاء الله تعالى **قوله** ومن أوصى بجارية
يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لأن اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية
نعمتها وشراؤها مما يتلبس بها وفيه إشارة إلى أن ما يتناول الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل ولو
استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل لأن اسم الجارية يتناوله ولهذا فإن قيل كيف يصح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على
ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تعذر ملك الموصى به كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان
بألف درهم إلا ... فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تغيير ملك في الدرهم لا باعتبار خروجه
عن المستثنى منه فإنه لم يكن داخلا فإن قيل لا إشكال أن اسم الجارية لا يتناول الحمل فإنه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم
يتناوله لما استحقه كغيره من أمواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا يعني أنه لم يتناوله ولكن التعميم بل
يستحق إذا أطلق الوصي عن قيد الإفراد وإذا أفرد الأم لم يستحق الحمل بل تنفرد الأم بالإفراد فصحت
الوصية بها مفردة قوله لأنه قد يصح ذكره في البيوع **قال** ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية جاز
لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لأن تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى
والثاني أن القبول يتوقف على الموت والإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع أولى
ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف
في الكتاب بضوابط هي جامعة وأوضح قوله وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا لأنه ذكر محمد اعلم أن محمدا رحمه الله تعالى ذكر
في الجامع أن جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط أنه رجوع فمن المشايخ من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له
وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحود إنما يعتبر إذا صح الإنكار والإنكار على الغائب لا يصح لانعدام
المعارضة المقتضية معارضة والمذكور في المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الإنكار
حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الروايات في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فإنه قال فيه إذا أوصى الرجل

لرجل بثلث ماله ثم قال اشهدوا أني لم أوص لفلان بطلت شهادة الوصية منهم فيكون معناه فقد أوصيت لفلان بكذا
إلا أني بنا لتكلم أن تشهدوا لي بالباطل لا يكون رجوعا لأنه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو
رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم
من قال في المسألة روايتان قال شيخ الإسلام وهو الأصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في
المبسوط قول أبي يوسف قال شمس الأئمة السرخسي هو الأصح لأن المعلى قال في نوادره سألت أبا يوسف عن رجل أوصى
لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا فقال لا يكون رجوعا وهو مختار المصنف واستدل لأبي يوسف
بأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال وإذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال أولى أن يكون
رجوعا ولمحمد رضي الله عنه أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان وما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك
والانتفاء في الحال لضرورة ذلك لاستمرار ذلك إذا ثبت ما لم يعتبر وإن كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في
جحوده إذ الغرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان
الجحود لغوا وفي بعض الشروح حمل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما
قضاء على المطلوب فتأمل قوله ولأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل آخر وحقيقته
أن أحدهما مركب من النفي والإثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس أيضا وفيه نظر
من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني لا يلزم من عدم
كون الجحود رجوعا حقيقة عدم استعماله فيه مجازا صونا للكلام عن الإلغاء والجواب عن الأول
أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الأول فلا
تنافي وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الألفاظ
الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير ولهذا لم يكن جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق ولأن الجحود يقتضي
عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكان تضادا بينا فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر قوله
ولو قال كل وصية أوصيت بها واضح قوله لأن اللفظ يدل على قطع الشركة فيكون لأنه لم يذكر بينهما حرف
الاشتراك وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره قوله لما بينا إشارة إلى هذا التعليل قوله وقد ذكرنا حكم يريد به ما
قدمه من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جاز وإلا فلا

باب الوصية

بثلث المال لما كان أدنى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق
به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب **قال** ومن أوصى لرجل بثلث ماله ومن أوصى بثلث ماله لرجل
ثم أوصى لآخر أيضا بذلك فالورثة إما أن يجيزوهما أو لا فإن أجازوا فلهما الثلثان وهو ظاهر وإن لم يجيزوا فالثلث
بينهما نصفان إذ لا يزاد على الثلث حينئذ وليس أحدهما أولى من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب
التساوي في الاستحقاق وقد كان المحل يقبل الشركة فجعل بينهما وإن لم يكن لرجلين كما في البينة على نكاح امرأة
في الاستحقاق وبطل البينتان جميعا قوله وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس واضح وقوله ولا يضرب أبو حنيفة
أي لا يجعل من ضرب في كذا إذا جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيئا وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة أحدهما
ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة فإنه حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة
والكل وصية لأنه في حالة المرض فإن لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا
يضرب الموصى له بالألف بوصيته وهي الألف والموصى له الآخر بوصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول
أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في الزيادة على الثلث وصورة السعاية أن يوصي بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف
وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما فإن أجازت الورثة عتقا جميعا وإن لم تجز فإنهما عتقا من الثلث وثلث ماله ألف فالألف
بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي في صورة الدراهم

المرسلة اي المطلقة هي ان يوصي لرجل بالعين ولاخر بالف درهم وثلثه ماله الف ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا
كل واحد منهما بضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث
ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بنصف ماله او بجميع ماله ولاخر بثلثه لان الموصى قصد شيئين الاستحقاق على الورثة
فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة لا مانع من التفضيل فيثبت كما في
المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق
واذا بطل الاستحقاق بطل ما في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل
منهما موصى له بالثلث وفي ذلك سيان وبان فكذلك ههنا على موضع الاجماع يعني المحاباة والاخيرتين واضح قوله وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته جواب عن نقض يرد على المسائل المجمع عليها قوله لو احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني
ان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث ماله لاخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان
يكتسب هذا العبد مالا فيصير قيمته مساوية لثلث المال او يظهر له مال غيبت يصير العبد ثلث المال قوله لان هناك الحق تعلق
بعين التركة يعني ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت بطلت الوصية وان استفاد مالا اخر وحق الورثة ايضا
متعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث لاستوائهما الاجماع الخص بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت بعدما استفاد
لم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يكون مبطلا له **قال** ولو اوصى بنصيب ابنه ومن اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت
وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول لوصية بمال الغير لان نصيب
الابن ما يصيبه بعد الموت بعين الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر
به وقال زفر رحمه الله تعالى جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له في تلك الحال فكونه جائعا بعد ذلك
ان يتصرف في ملكه كيف شاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول الوصية بمال الغير **قوله** ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام
الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل احد الانصباء اقله والسهم اقل من السدس فكيف جعله يعني السدس وقد جعله بمعنا
مادون الخيار بين الاثر واللغة اما الاثر فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى
ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارات المشايخ
والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منتهى وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير
قال شيخ الكتاب في رواية الجامع الصغير جوز ابو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية
الاصل تجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحد منهما لانه قوله الا
ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فكانه
اطلع على رواية غيرهما وانما انه جمع بينهما وقالا له مثل نصيب احد الورثة لا يزاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة
ومرجعهما العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد
اي الاقل على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة ما ذكرناه انفا في جواب السؤال
من اثر ابن مسعود رضي الله عنه والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد اي الاقل وقول ابا يوسف رحمه الله عليه وقوله
لانه يذكر ويراد به السدس الى اخره مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرناه وفي بعضها فيعطى
الاقل منهما وفسر بعض الشارحين قوله يعني اذا كان احد سهام الورثة اقل من السدس فيعطى السهم لما ذكرنا
ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اقل منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام
الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل
لما في الكتاب قال فيه الزيادة على السدس فانه عمل بالدليلين فاما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما
يؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ايضا قوله لما ذكرنا ان
اراد به السدس فلا تعلق لقوله ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان اراد
به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وادى ان المراد بقوله
ما ذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى التخيير واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهو ما ذكرنا
من جواز النقصان دون الزيادة على السدس فيصادف ذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص
عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى فيتمه
وان كان غير ذلك والله اعلم بحقيقة المقال بوجوه وصورة المسئلة ما اذا اوصى لرجل بسهم من ماله ثم ماتت وتركت زوجا
وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس فيجعل المسئلة
على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس الموصى له سهم فيبقى خمسة للزوج منها الربع ولا يستقيم عليه فضرب في اصل المسئلة مخرج
الكسر وهو اربعة فتبلغ اربعة وعشرين كان للموصي سهم يضرب في اربعة فهو اربعة وهو سدس المال يبقى عشرون
للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وهو على قولهما خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة
وهو اربعة فيصير خمسة ويعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما
كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للمزيد عليه
واما على رواية الاصل فتخرج المسئلة على هذا من امثالها وخرجها على الروايتين قوله قالوا اي مشايخنا كان هذا
في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير
غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او بطائفة او بنصيب
او بشيء فالحكم كذلك **قوله** وان اجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له
نصف المال والا لم يتوقف على اجازة الورثة فايدة فالجواب ان معناه حتى الثلث وان اجازت الورثة لا ان السدس
في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب
ثلث على السدس فيجعل المتيقن داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا للكلام على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث
قوله والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى
قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا
ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما
اي من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى
ما يبقى منه عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس
الواحد يمكن فيه جمع حق احدهم في الواحد اي يمكن جمع حق شائع لكل واحد عنده ولهذا يجري فيه على القسمة
مع ما فيه من الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل
خاصته في هذا المعين مقدما على حق ورثته فيقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل
والاصل في مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كما في المضاربة
اذا كان فيه ربح وهلك بعضه فيصرف الهلاك الى الربح الذي هو تبع لا الى راس المال او صارت الدراهم
اي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلث دراهم فهلك درهمان
وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذا هذا قوله بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قول
زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة
وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي
متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان بناء التقديم على الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما
هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليها اثلاثا نظير ذلك قوله ولو اوصى بثلث ثيابه وامااذا اوصى
بثلث ثلثه من دستجة من جنس واحد او بثلث ثلثه من الدور وقيل لا الا ثلثا لباقي لكثرة التفاوت هكذا اجاب

محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها فاما
على قولهما فالدور جنس واحد وكذا الرقيق فيكون الموصى له العبد الثانية والدار الثانية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب
كل واحد منهم في عبد باعتبار القسمة لاتحاد الجنس ذكره الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام وقيل المذكور في الجامع
قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك اي بدون اجتهاد القاضي وجمعه يتعذر الجمع
واذا هلك لم يكن ههنا فعل من القاضي وكان المال على الشركة ما بقي وما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف
اشبه للفقه المذكور وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة
وهما يريان ذلك لانهما جعلاها جنسا واحدا **قال** ومن اوصى لرجل ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال
عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين بان كان له ثلاثة الاف درهم عين دفع الالف الى الموصى له وان لم يخرج بان كان
النقد ايضا الفا دفع منه اليه ثلثه وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث
وللاصل في المال المشترك ان يوفي حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين في الاول
فيهما ذا البين وفي الثاني بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان للعين فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب
فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به الف من المال والدين ليس بمال فان من حلف ان لا مال له وله ديون
بديون له على الناس لم يحنث سلمناه ولكن لا نسلم ان الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج
من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال
والجواب عن الاول ان الموصى به الف اعم من ان يكون مالا في الحال او في المال لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما
تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين واما في المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعد
قوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله واضح واندفع بقوله فلا تزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات
احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحم بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه
فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي
منهما لجميع الثلث بعدم المزاحم عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والتقييد في قوله لان الوصية عنده
للموصي وللباقي ظاهر قوله ومن اوصى بثلث ماله ظاهر قوله فالصحيح ان الوصية تصح احتراز عن قول بعض المشايخ
ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة العين كما لو اوصى بهذه الشاة ولم يكن في ملكه ثم ملك
فانها غير صحيحة قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى جنس مرسل بغير تعيين فصار
بمنزلة ما اضافه الى ثلث المال قوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل منها ما ذكر في المبسوط بقوله لو قال بعير حنطة
من مالي او بشيء من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي او من شاتي فان لم يوجد ذلك في
ملكه او هلك قبل موته فلا شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه **قال** ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده ما ذكره
واضح صورة وتعليلا خلا قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية
لهن جائزة استحسانا والقياس ان لا يصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانها تستحق الوصية بعد موت
مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي امة فتستحق الوصية وهي امة والوصية لامته بشيء غير رقبتها باطلة وجه
الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة
لا باطلة والصحيح هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال للعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد احط قبل
حالا منه فكيف لم يصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية
برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو صحيح منجزا او مضافا بخلاف ام الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى
وان لم يكن ثمة وصية اصلا وللقائل ان يقول الوصية بثلث المال انما صادفتها بعد موت المولى وهي حرة ولا وجه لنفي القياس وان
كان الثاني فلذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها تستحق كالعبد

لان عتقها لابد وان يكون بالموت فلو كان بالوصية ايضا لتوارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص
وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله واذ ناه في الميراث قيد بذلك احترازا عن فصل الزكوة فان لفظ
الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين
والوصية في معناه من حيث ان كلاهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك ايضا منصرفا الى الاثنين
وقوله نجد ذلك في القران يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا
فقد عرف في موضعه وكذا قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل **قال** رحمه الله ومن
اوصى لرجل بمائة درهم صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل
مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشترك
الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك ان يكون له نصف كل مائة وهو الاستحسان
انه اثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا اخذ من كل منهما ثلث المائة مقتضى اشتراكه
اياهما جملة واحدة وانما ياخذ نصف كل مائة لو كان اشتراكه مع كل واحد واحد منفردا وليس كذلك بخلاف
ما اذا اوصى لرجل باربعمائة والاخر بمائتين ثم كان الاشتراك اي ثم قال لاخر اشركتك معهما فان له نصف
كل ما لكل منهما لان تحقيق المساواة منهم غير ممكن لتفاوت المالين فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك
فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان وقوله ومن
يعني لورثته لفلان علي دين فصدقوه يصدق الى الثلث استحسانا والقياس لانه اقر بمجهول
والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان وقد فات بموته وقوله فصدقوه
فيما قال لا يصح بيانا لكونه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته
اقرارا مطلقا يعني من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه
على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده
الوصية لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج اي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه باصل الحق عليه دون مقداره
سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها اي هذه الوصية وصية التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق في الثلث دون الزيادة
وقوله فان اوصى بوصايا غير ذلك الى اخره واضح وحاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية
تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث
ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله
هذا اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا
يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء تصرف اي ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة
انما تثبت حكما له عقيبه بحيث لم يمنع التمليك الذي هو السبب صحيحا لاثبات حكمه وهو الشركة فكان نصيب
كل منهما منفردا عن نصيب الاخر بحسب صحة السبب وعدمها • واما في الاقرار فسبب الشركة غيره
وهو ما كان بينهما قبلها وان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك اي في
الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما اذا
تصادقا على ذلك او جحد الاجنبي او الوارث ذلك او انكراه جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد اذا لم يتصادقا فانه صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه وببطلان حق شريكه فيبطل في تصرفه
في نصيبه ويثبت في نصيب الاخر ولنا انه مشتركا هو المبطل وقد وجد وللقائل ان يقول هذا الاقرار
بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد حتى تعدى الى ابطاله

الغير والجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن اليقين لا يزول بالشك وتقريره أن حصة كل منهما غير متميزة عن غيرها ففي كل جزء فرضته مشترك كان فيثبت للأجنبي الملك فيه بالنظر إلى صحة الإقرار له ولا يثبت بالنظر إلى الوارث ولم يكن له ملك قبل الإقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء وبطلانا أي بقاء في حق الأجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي وتبطل في حق الوارث لا مشاع حصة كل منهما عن حصة الآخر **قال** رحمه الله ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء يخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدرى أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصي إلا أن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين فإن المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح إذا ابتداء تعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء وإن ابتداء تعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو أن يقال الهالك إن كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وإن كان الهالك أردأ من الباقيين فحق صاحب الوصي في الرديء منهما فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك أخرى وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين وإذا حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد بقي صاحب الجيد وصاحب الرديء فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الرديء لأنه لا حق له فيه قطعا وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحبه وثلثا الرديء لصاحب الرديء وقوله وإذا كانت الدار بين رجلين ظاهر إلى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله هذا ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى قوله المبادلة فيه تابعا كما ذكر هنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم يكن من جنس واحد وإلى هذا أشار بقوله وأما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر وقوله إنما لأنه عوضه كما ذكرناه يعني في الجارية الموصى بها وقوله أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين يعني في وقوعه في وقوع الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر يعني في وقوعه في نصيبه وقوله فيقسم أنهما م أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فإن قيل ينبغي أن يقسم هما فيصيب بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى وأربعة للورثة لأنه لما صحت الوصية عند في عشرة أذرع بقي للورثة في أربعين فلما ادعى الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين فيعتبر ذرع كل فريق فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل أحد عشر وقوله وقال لا خلاف فيه لمحمد بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر **قال** رحمه الله ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينها فلعنه فإما أن يجيز الوصية أو لا فإن كان الثاني بطلت وإن كان الأول جازت فإن دفعها إلى الموصى له تمت وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها لأن هذا تبرع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح إلى قوله فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه فإن كان الدين مستوفيا جميع نصيبه دفعه إليه كله والباقي ظاهر وقوله فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع تسري الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع إلى الولد الحادث قبل القبض وإذا سرت الوصية إلى الولد صار كأن الولد كان موجودا وقت الوصية وأوصى بهما وفيهما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل منهما كذلك ها هنا وله أن

الأم

أن الأم أصل يعني في الوصية والولد تبع فيه أي في الوصية على تأويل الإيصاء وإنما كانت الأم أصلا لأن الإيجاب تناولها قصدا ثم يسري حكم الإيجاب إلى الولد ولا مساواة بين الأصل والتبع فتنفذ الوصية بالأم ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفذ الوصية في جميع الأم كان مستحقا قبل الولادة فلا يتغير بزيادة المال لأنه يؤدي إلى نقضها في بعض الأصل وذلك لا يجوز لأن فيه إبطال الأصل بالتبع وقوله إلا أنه لا يقابله بعض العوض جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ التبع في البيع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل لأن بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقض له بحصته ووجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لأن الثمن تابع إلى آخر ما ذكره وقوله وإذا اتصل به القبض وإنما قيد بذلك لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضا بالأصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن

فصل

في اعتبار حالة الوصية قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول والأصل مقدم على العارض قوله ولا إقرار المريض لأخيه واضح مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لأن الإقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضا وقوله لأن الإقرار ملزم فيه تلويح إلى رد قول زفر وهو أن الإقرار أيضا باطل لأن إقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية وقوله إلا أن السبب يتأخر عنه أي تنفيذ حكم الإقرار في حالة المرض يتأخر عن تنفيذ حكم الإقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية لأنه يعني الوصية تناول الإيصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق يعني لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت أما إذا أقر لابنه لو عتق قبل الموت لم يذكرهما وذكر في كتاب الإقرار أنه إن لم يكن عليه أي على العبد دين يصح إلى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله المقعد والمفلوج من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والأشل من شلت يده والمسلول هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها وقوله صار طبعا من طباعه يعني خرج من أن يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه لأنه يخاف منه الموت ولهذا ابتداء فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في المرض

الإعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أنواع مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل **قال** رحمه الله ومن أعتق عبدا في مرضه كلامه واضح وقوله المراد الاعتبار من الثلث أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لأن الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعا وقوله كالضمان والكفالة عطف الكفالة على الضمان بالعطف لأن الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لأجنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فإن بدل الخلع يكون على الأجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله وما تقدم من التصرف إلى تنجيزه في الحال ولم يضفه إلى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحا فهو من جميع المال وإن كان مريضا

فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابى فاعتق صورته رجل
باع في مرضه عبدا يساوي الفين برجل بالف واعتق عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان
ابتدا بالعتق تحاصا فيه عند ابي حنيفة ففي الاول يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث شيء الا ان العتق
لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث ويخير المشتري ان شاء نقض البيع وفي سواء
المحاباة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث وخير المشتري ان شاء نقض البيع وان شاء ادى قيمة العبد
لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد الفي درهم والاصل
المذكور في الكتاب ظاهر وقوله لا العتق الموقع اي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه
او يوصي بعتقه بعد موته مستثنى بقوله لا تقدم وقوله كالتدبير الصحيح احترز عن الفاسد منه مثل ان يقول
انت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء وقوله والمحاباة في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله
المحاباة الى غير العتق الموقع بخلاف العتق كالوصية بالعتق والوصية بالمال وقوله ثبتت فيه من سواها الى العتق
والمحاباة وقوله لهما في الخلافية وهي تقدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم والثبوت الاول
انه لو اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان كان بينهما الاول وصار اولا فضل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا وقوله
لانها تثبت في ضمن المعاوضة يعني والمرض لا يمنعه الحجر عينا فكان اقوى باعتبار معناه الاجنبية والاعتاق تبرع صيغة
ومعنى انه لم يثبت ضمن المعاوضة والمرض يمنعه الحجر عنه وقوله فقسم الثلث بين المحابيين نصفين لتساويهما
ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان فيه وهو انه يثبت ان
المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها والمحاباة الاولى مساوية
للعتق لما عرفنا وهو نقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا لو حابا ثم حابا لم يرجح
من الثلث شيئا وما ذكر ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن
الاول ان شرط الانتاج ان تلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف في موضعه وعن
الثاني انه انما خاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان
كذلك نقضناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت فيما يحتمل الموت وهما نافذان فاستويا كذا في النهاية
وقوله قسم الثلث بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني فان قلت لو لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق
والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها والعتق الاول مقدم على
المحاباة فيزاحمهما في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الاخر للمجانسة والمساواة بينهما فان
قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة
ما اخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما
عتق اخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق العتق
الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة
الثمن كان الثلث بين العتقين نصفين لاستواء حقهما قال رحمه الله وان اوصى بان يعتق
عنه بهذه المائة عبد كلامه واضح وقوله ولو بقي شيء من الحجة يرد على الورثة قال الامام الكاتبي الا ان يكون
الموصي جعل الفضل للذي يحج عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق
العبد عنده فيخلف المستحق اذا هلك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله ومن اوصى له يتلقى
الملك من جهة الموصي لان ملكه اي ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق
عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد لحاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا خرج به اي بالدفع عن ملكه
بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان فداه الورثة كان الفداء في اموالهم

ان كانوا

اي كانوا اشتريا عبدين فيما فدوه به وقوله ومن اوصى بثلث ماله لاخر واضح وقوله وان كان المعتق دين يعني
ان من اعتق عبدا في مرضه ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بالدين لاحق بالامرين ولحالة
المرض انما يمنع احدهما الاخر ان لو كان احدهما متاخرا عن الاخر فيمنع المتقدم وقد ثبتا معا كذلك وله
ان الاقرار بالدين اي ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكروا والثاني ان العتق لا يمكن
استناده الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى
لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق
الميت ولو قال العبد لمولاه المريض اعتقني في صحتك وقال رجل لي عليك الف درهم دين فقال المريض
صدقتما عتق العبد وسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله وعلى هذا الخلاف الى اخره لهما ان الوديعة
لم تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين
على الميت يثبتنا ولذا التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المورث وله ان حقه يثبت في عين الالف
مقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقالهما منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث
حيا وقال له ذلك فقال صدقتما والاختلاف في مثل هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة
الكتب

فصل

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة المعتق في المرض
لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من زكوة او صيام
او زكوة او حج او كفارة او نذر او صدقة فطر فاما ان يوصي بها او لا فان كان الثاني لم يؤخذ من
تركته ولم يجبر الورثة على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله
عندنا ثم الوصايا اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او تجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم
ذكرها وما لله اما ان يكون كله فرائض كالزكوة والحج او التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها
او تجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينهما والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله
وكذا ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازه الورثة وان لم تجزها فان كان كلها لله وهي فرائض كلها او
واجبات كلها او تطوع يبدا منها بما يبدا به الميت وان اختلطت يبدا بالفرائض قدمها الموصي
او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارة لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو اهم
فان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بما قدمه الموصي لان
الظاهر انه يبتدا بالاهم فان قيل ان ذهب قول ابي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم كما لو اوصى
بثلاثة لانسان ثم اوصى بثلاثة لاخر وقوله والزكوة تعلق بها حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه
في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله اذ قد بما فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات اما في الزكوة
فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الاية واما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله
غني عن العالمين فكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام فان شاء مات
يهوديا او نصرانيا الحديث وقوله والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر بالاثار
ترك كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بالخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر
باثار مستفيضة وقوله يقدم بعض الواجبات على البعض من ذلك ان تقدم صدقة الفطر على النذور
لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها
دون وجوب النذور وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر ان يبتدئ
بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدءوا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا
هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدا بالافضل فالافضل يبدا بالصدقة ثم بالحج

والصوم والصلوة
او واجبات كالكفارات
والنذور وصدقة الفطر
او تطوع كالحج

نوى بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب او لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا
ما كان لله وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال
ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا
وهو رضى الله فكل واحد في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين فان الجميع منها وان كان المقصود
به اذا وصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا **قال** ومن اوصى
بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه واضح قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل
على مذهب ابي حنيفة وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله وله انه وصية بعتق عبد يشترى الى اخره وقوله
ومن خرج من بلده حاجا قيد به لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه بالاتفاق وسيذكره بعد هذا قيل هذا الخلاف
فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لم يجهز بنفسه للحج من حيث هو
فكذلك اذا اوصى وقوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى اخره مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل
عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلثة فان الخروج للحج منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فاوصى
وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة عن ذلك
فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بدا له في ان لا يحج
بنفسه بعد ما مضى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الموصي لم يجز ولم يعتد بما انفقه واما الاطعام
فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك واخر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار
وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام
مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق
والكتاب اقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به وقوله على ما قررناه اراد به
قوله قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الى اخره

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية
لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر احكاما على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم **قال** ومن
اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان يحق ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو
لا يدل على الترتيب وان يقال قدم ذلك اهتماما بامر الجار قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول
الجار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وقوله وذلك عند اتحاد
المسجد قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وما يروى فيه ضعيف يعني ما روي
انه صلى الله عليه وسلم انه قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة
فانه قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصا في الباب وقد طعن في روايته
قالوا وقد يستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي قال محمد في الزيادات ثم
وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان الرجل اذا كان تجب الوصية من الجيران الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن
ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن ساهويه هذه كرخانة من محمد في مذهب ابي حنيفة وليس
كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاصق واقول ينبغي على قول ابي محمد ان لا يدخل الدخ
لان المسجد لا يجمعهم الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله ومن اوصى لاصهاره اي لاقرباء امرأته
قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة وانما قال هذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد لان الصهر في اللغة
يجي بمعنى الختن ايضا وقوله وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها يعني وان ورثت منه بان يكون المرض
في الطلاق قوله ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان تطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت

والعمة

والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكر والانثى
كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني ينصرف الى اثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من
كل ذي رحم محرم من جهة الاب او الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي حنيفة وقوله
وفائدة الخلاف تظهر في ال ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى الاب علي
فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام
وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد
الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه
متروكا بالاجماع فان عنده اي عند ابي حنيفة يتقيد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها
وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال
به لا محالة وقوله واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان وله [illegible] فالثلث لعميه وهذا الى
اخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب ابي حنيفة وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في
الوصية يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف ايضا ثم
واعترض بان في هذا اعتبار عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم اخر كان له النصف
فكذا اذا لم يكن معه عم اخر وحينئذ كان لقائل ان يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه
عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا ايقال له يجب له الربع او الخمس عند انفراده على
تقدير ان يكون معه ثلثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا واجيب بان ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع
كلها ساقطة لتعذره فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف
ما لهما واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاثا
وقوله لما بينا اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الى اخره وقوله وهي اقوى من قرابة
الخال وقوله والعمة وان لم تكن وارثة جواب عما يقال العم انما يستحق بالعصوبة ويقدم العم على الاخوال
بسببها فلم يكن قرابتها اقرب ووجهه انها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة
لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق والكافر
لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله لا نسابة الانسان جمع النسب وهو القريب
لا انصباء جمع النصيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة على قول ابي حنيفة خلافا لهما

فصل ٥ ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند ابي
حنيفة وان كان من يضم نفقته فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى وائتوني باهلكم
اجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله فنجيناه واهله الا امرأته وله ان الاهل في الزوجة
حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله فلا ينصار الى غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال
بهذه الاية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان
معه احد من اقاربه او اقاربها ممن ضمتهم نفقته فان كان معه من الرفقاء احد لم يدخل فيه بالاتفاق على الخلاف
لا نستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول وانما نستشهد بالاية تانيسا فانه ثبت
ان ما في الاية ليس على معنى الحقيقة لانيابة مطلوبة كالايات التي استدلالها وقوله فلان تاهل ببلد كذا هو
المنبوح الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يتخذ بابيه فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في
هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال صلى

عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلوا الخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا
اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم
لا يتم بعد البلوغ والعميان والزمنى معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امراة من
ارمل اذا افتقر من الرمل كالمدقع من الدقعا وهي التراب ومن الناس من قال الارامل في النساء خاصة والمختار
عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا اوصى هولاء فاما ان يكونوا
قوما يحصون او لا فان كان الاول وحد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب وحساب فان
احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم
هو مفوض الى راي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم وهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك
وتحقيق فيهم ممكن وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف
ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث يبطل الوصية فيه
اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر في الايامى
دخوله في الارامل او لا قال الكرخي يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال رجل ايم
ايضا وقال محمد الايم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركها كذا اعتمادا على
ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف
الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل لجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال
محمد الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين فزاد
عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا فالوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف
الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله ولو اوصى لبني فلان يعني اذا اوصى
لبني فلان فلا يخلو اما ان يريد مفهومه الاضافي او يكون اسم قبيلة او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث
عند ابي حنيفة رحمه الله وكان يقول اولا يدخل وهو قولهما والخلاف عند اختلاط اما اذا كانت الاناث
منفردات فلا يدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه
قوله الاخر ان حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة
وان كان الثاني يتناولهم لان المراد به مجرد الانتساب كبني ادم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم
ومن اوصى لولد فلان ◆ ومن اوصى لولد فلان **قال** ٥ يقسم الوصي بين من بعد من فقرائهم
فلان اما ان يكون ابا خاصة او فخذا فان كان الاول فالوصية تناولت الاولاد دون اولاد هم الذكور والانثى
عند الانفراد والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد
مجازا ولا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل باولاد الاولاد واولاد الابناء
واحد وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الوصية لولد فلان
يتناول الولد وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم قال القدوري والصحيح انهم
لا يدخلون ولكن فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان الصلبي فاما لان فلانا اذا كان
فخذا فبنوه وبناته لا يخلوا عن الاولاد فلا يكون مراده وقوله ومن اوصى لورثة فلان واضح وقوله ومن اوصى
لمواليه مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يختار ذلك فاجازه هذا واصحابنا ما جوزوه
كذلك هذا والمروي عن الشافعي رواية واحدة عن ابي حنيفة لكن لا على جواز المشترك بل على ان لفظ المولى
على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف وليس كذلك لان تنفق
الاخوة الجميع واحد وهو انتسابه صلب الاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم

ومعنى

ومعنى الاسفل منعم عليه فكان في واحد منهما بمعنى الفاعل وفي الاخر بمعنى المفعول واليه اشار بقوله
ان الجهة مختلفة وقوله في موضع الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الائمة
وعامة اصحابنا على ان لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسألة الحلف بترك الكلام
مع المولى مطلقا بانه ليس لوقوعه في النفي بل الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء
وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتاييده فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف
فكيف قال سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة اجيب بان الكلام
فيما اذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف
الوصية الى المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف
الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى اجيب بانها معارضة بجهة اخرى
وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغنى والمعروف
عرفا فالمشروط شرطا كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى ولو اوصى لمواليه وليس له الا المولى الاعلى
فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق
اولاده لان عتقها ولا يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء لا ما الغاية بعده ووجوب الوصية
تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم
يوجد فيهما وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم
اي ثابت مستقر والاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بما لا اجابة الحاصل بالعتق وذلك
انما يكون بعد الموت ويدخل فيه اي في هذه الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو
اوصى لمواليه وله موال واولاد الموالي وموالي موالاة دخل معتقوه وهو ظاهر واولادهم لانهم ينسبون
اليه بالولاء كالمعتق الذي باشر في ابائهم والفروع اجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم
كما في اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى بينهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لان النفي
عن الفروع صحيح حيث يجوز ان يقال ليسوا ابني فلان وانما هم بنو ابنيه وعن ابي يوسف انهم يعني
موالي الموالاة يدخلون ايضا لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله والاعتاق لازم جواب عما يقال لما
كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الاعلى والاسفل ووجهه ان المشترك لا يعمل به اذا لم
تكن قرينة على احد المعنيين وههنا قرينة تعين احدهما وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ
بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بعض العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا يتحقق المزاحمة
بينهما ولو لم يكن له الا موالي موالاة كان الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم يكن وجب العمل بالمجاز صونا للكلام
العاقل عن الالغاء ولو كان له مملوك معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر
الجمع بين الحقيقة والمجاز وولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا ان اسم الموالي لاولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل
فيه اي فيما اذا اوصى لموالي موالي اعتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب ان يقال موالي اعتقهم ابوه
او ابنه لان التعليق يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو ان يقال ابتداء عتق
مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز متنسب كذلك باعتاق مملوك ثم يعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد
في حق موالي الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسبيبه فقلنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى
كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين عتقهم موال له حقيقة وقوله انما يحرز ميراثهم بالعصوبة
جواب عما روي عن ابي يوسف ان موالي ابنه تدخل اذا مات ابوه وورث ولاءهم لانهم مواليه حكما
ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث ما كان بكونه مولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق

مقام المعتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع فإن الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان ينظر الى العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الإيضاح لأنه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي وبين موال أعتقهم أبوه وابنه على ما ذكرنا من النسخ والصحيح فيه أيضا وذلك إنما يستقيم فيما إذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم يثبت أنه بالولاء بعد لأنه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم الموالي عند قيام الكتابة وعندهما إن ثبت أنه أثبت أنه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم بإثبات لفظة ابنه وههنا خلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيهم موال أعتقهم ابنه ومعناه أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لأنه مولاه حقيقة بخلاف موالي الأم لأنهم ليسوا مواليه أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما لأن معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وإذا كان فيه بعد من حيث الإيراد على مذهبهما خاصة

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا **قال** وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمنافاة بينهما وبين الإرث لأن الوصية تعم التمليك والمنافع فيقبل ذلك للحاجة حالة الحياة فكذا بعد الممات لأن الموت لا يزيلها والإرث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وإذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لأنها بدلها فأخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة تشملهما يعني المنفعة والغلة. **قوله** فإن خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبد لشخص فإما أن قال أبدا أو جعل ذلك زمانا فإن كان الأول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه ليخدمه وإن لم يجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يموت وإن كان الثاني فإما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وستين وسبعمائة أو لم يعين فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وإن مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة أو مات قبل مضيها فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فإنه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وإن كان لا يخرج وإن لم يجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى يمضي السنة التي عينها ثم يسلم الى الورثة وإن لم يعين فإن كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وإن لم يخرج ولم يجزه الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة فإن له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره **قال** فإن كان مات الموصى له عاد الى الورثة إذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصي لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحكم الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز أن يستحقها كذلك لأنه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بخلاف الهبة لأنها إيجاب عند الموت ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد أو الدار وإنما يتوضح سوى ألفاظ نذكرها قوله إشارة الى الإعادة فإنها تمليك بغير بدل قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الأصل المقرر وهو أن التح

لا ينتقص بما فوقه وقوله إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجهه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به وقوله ولأن المنفعة دليل آخر وقوله وهذا لا يجوز يعني بناء على ما قال ولا يملك القوي بالأضعف وهو ظاهر واعترض عليه بإجارة الحر نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا تعقد المعاوضة ونحو ذلك أن يملكها ببدل وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليس كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله إذا كان يخرج من الثلث احتراز عما إذا لم يخرج فإنه ليس له الإخراج الى أهله إلا بإجازة الورثة وقوله وإذا كان في غيره أي في غير مصر الموصي وقوله ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره فقد علم جوازه فيما تقدم بطريقين ولعله ذكره تمهيدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني إذا لم تجز الورثة وكان الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمير إما باعتبار المال أو نظرا الى الخبر وقوله لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث وفيه إشارة الى الفرق بينهما وبين الخدمة فإن العبد لما لم يحتمل القسمة بالأجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة ليما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله فلو أراد الموصى له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا منه لأحدهما على الآخر ومعنى ذلك أنه عطف قوله لآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده فيعتبر هذه الحالة بحالة العطف بحالة الانفراد أي بحالة انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى فلا يتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كما بان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما بعد الموت ثم إن العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حد الخدمة أو لا فإن كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لأن بالإنفاق عليه ينمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالإنفاق عليه إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به وإن أبى الإنفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لأن التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله ولها أي لهذه المسألة نظائر وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله ولا شيء لصاحب الظرف وهو الأمة والخاتم والقوصرة في المظروف يعني الولد والفص والتمر في هذه المسائل كلها أما إذا كان أحد الإيجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق وأما إذا كان أحدهما مفصولا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة فإن الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على أن المعول على قول محمد **قال** ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث على وجوه ثلاثة في وجه يقع على الموجود من الموصى والحادث ما عاش الموصى له ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده فإن العرف فيها جار على الأبد وتعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكره كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده فإن العرف فيها جار على الأبد وتعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكره كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لأن المعدوم من هذه الأشياء لا يستحق بعقد ما في وجه أن ذكر الأبد

يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت يتناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان تقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجود فيبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا للكلام الموصي عن الالغاء والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى اخر الباب واضح ولله در المصنف ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج الى تقريره الا وتركيبه اوفى بادائه من غيره وقوله وبعد الخلع صورته ان تقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي او غنمي صح وله ما بطنها وان لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم تغره حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل ترد المهر والله تعالى اعلم

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة اذا كان للمسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا تصح ولو اوصى بذلك اي لو اوصى بان يعمل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحها اي تصحيح ايصائه على اعتبار المعنيين يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسمين صنعوا به ما شاؤا وان اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين يعني قوما غير مخصوصين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولابي حنيفة ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بالاتفاق فكذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله لم تصر محرزة لله حقيقة بل تحرز على معتقدهم فتبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله ولانهم يدينون دليل اخر على عدم التحرز لله تعالى وقوله بخلاف الوصية متصل بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وقوله على مقتضاه كلها راجع الى الوصية بناء وبل الايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تقاعد عن افادة معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا لاقت ما هو قربة عنده عملت عملها وقوله ثم ان الحاصل ان وصايا الذمي الى اخره واضح قوله وهو ما ذكرناه يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة قوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله والوجه ما بيناه من الجانبين وهو ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انها وصية معصية وقوله والجهة مشورة يعني ان كلامه في صرف المال الموصى به الى استصناع المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة ان اسلم نفذ كما ينفذ تصرفاته والا فلا وقوله وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف الرواية هذا وقال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة

فلا تقرر

فلا تقرر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز قيل هذا اذا لم يكن الورثة معه اما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب وقوله وذلك في حق المستامن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان يقال قد قلت لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستامن لا من جهة تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الى اخره وقوله ولو اعتق عبده عند الموت الى اخره ظاهر وقوله ولو اوصى لحربي في دار الاسلام دار الاسلام طرق لا ذمي له لقوله لحربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمي اذا اوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا القول وكذا لو اوصى له اي للمستامن من مسلم او ذمي بوصية جاز والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لما ان كتاب الوصايا تشتمل لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه وكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه اي بغير علم الموصي كذا ذكره في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي لتدارك حاله عند رد الوصي فليس برد لان الميت مضى لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد رده وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه في ان قبول الاول في غير معتبر حتى لو قبله في حال حيوة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم واجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه اي في غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فانه جعل علة جواز عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حالة غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وقد اشار المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل وذلك ايضا قول المشايخ على ما يشير اليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغريره واما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا يعني كما في حال حيوته فانه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا او دلالة كان بالخيار قيل كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع واجيب بان الموصي مغتر حيث لم يبال عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الخيار وقوله فلو انه باع شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتاب

من ذلك ما ذكره في كتاب ادب القاضي في فصل القضا بالمواريث ومن اعلم الناس بالوكالة يجوز تصرفه
ولا يكون النهي عزلا والوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول
سواء اي الواحد فيه ما يكفي وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الموصى اليه اذا سكت في
حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قبل فهو وصي فان لم يخرجه القاضي حين قال لا اقبل لان مجرد
لا اقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه ضرر الموصى اليه لكن الاول
اعلى لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضررين اولى لا محالة وقوله الا ان
القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فلذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح
قوله بعد ذلك واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه
فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية
لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فهنا اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني والباقي
واضح **قال** ومن اوصى الى عبد او كافر ومن اوصى الى عبد غيره او كافر ذمي او مستامن او حربي
او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة
الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ
في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي
وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا اجاز توكيله ولكن لما كان
عاجزا عن استيفا حقوق الميت مطلقا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التصرف التبرع وعلى
تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية فلهذا انها ستبطل باخراج
القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت
ان الايصا صحيح لكنه لا يتوقى في المبايعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه
باطل في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية
على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله واستبداده
الى ما بعدها لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل
لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا قوله وهذا يصلح
عذرا في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه ليتطرق في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة
وبالخيانة تنتفي الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية قوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي
اعتباره هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار تجزيها لانه لا يملك بيع رقبته
وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي والولاية لا تتجزى اذ لا يقال ولاية
لا تتجزى في بعضه دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجز فكان عائدا
على موضوعه بالنقض وقوله انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون **وقوله** مستبدا احتراز عن الايصا
الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه انه لم يكن لهم
ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصا لم يبق للقاضي ولاية البيع
وقوله بكونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار الا لكونه اوثق بديانته وامانته وشفقته
على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصا اليه جائز فكذلك هذا قوله والوصاية قد تتجزى جواب عن
قولهما وفي اعتباره هذه تجزيها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انه اذا اوصى الى رجلين الى
احدهما في العين والى الآخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة او يقال ايصاؤه اليه

اي الى

اي الى التجزي فكان يؤدي الى ابطال اصل هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي
الى تغيير وصفه وهو جعله متجزيا بعد ما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية
قال ومن عجز عن القيام بالوصية قوله بالوصاية اعلم ان الاوصيا ثلاثة عدل كافي
وعدل غير كافي وفاسق واراد المصنف العاجز اصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل
ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم ضيانة الوصي ونقص
كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي
ذلك اي عدم الاستبداد لعجزه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره رعاية
للنظر من الجانبين اي جانب الموصي والوصي بقيام المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي
والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض اليه بالاخراج
وان شكاه الورثة او بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في
الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين الى آخره روي عن ابي القاسم الصفار انه قال هذا الخلاف بينهم
فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل
واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه ناخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل منهما
على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف ان الخلاف فيهما جميعا سوا اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل
في المبسوط هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق
بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا في اشيا معدودة ولم يذكرها لاختلاف اقوال
العلما فيها فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدى تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة
من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشرا ما لا بد منه للصغير وبيع ما يتسارع اليه الفساد ورد الوديعة
والغصب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار
وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة قيل ويحتمل ان يكون قبول الهبة من
جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا فلا يزداد ما نص عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف اكثر
من ذلك وقوله سببها الولاية يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت لهما الولاية بالتولية كالكافر والعبد على
ما مر وقوله لانها ليست من باب الولاية اي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من اوصى
اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ان قضاء الدين اي قضيته ليس بقضاية بل هو على الاختلاف وقوله
ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله
فان مات احدهما متصل بأول الكلام وقوله ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي ظاهر وقوله والى
الجد في النفس يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفا الحد فكذا الوصي
فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل قائما مقامه والخلف يعمل عمل الاصل عند عدمه الاصل
وقوله وعند الموت كان له ولاية اي عند موت الموصي كان للوصي ولاية في التركتين اي في تركة نفسه
تركه باعتبار ما يؤول اليه وتركة موصيه اما في تركته فباعتبار انه ملكه واما في تركة موصيه فباعتبار
الوصاية اليه فينزل منزلته فيهما وقوله فلا يرضى بتوكيل غيره اي لا يرضى الموكل بان يوكل غيره او يوصي
الى غيره **قال** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة رجل اوصى الى رجل واوصى لرجل
آخر بثلث ماله وله ورثة صغار او كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نائبا عن الورثة واعطاه
الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي
المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشيء واما اذا كان

الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غايبا فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وامسك
الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غايبا في المنقول والعقار جميعا
حتى لو هلك في يد الوصي ما افرزه كان له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم والفرق بين المنقول والعقار
ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا
فليس له بيع العقار عليهم وله بيع ولاية المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب
وحاصله ان الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيكون الوصي خصما عنهم وقايما مقامهم واما الموصى
له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقايما مقامه في نفوذ
القسمة عليه وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث ويرد عليه اي فيما باع المورث ويصير مغرورا
بشراء المورث فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بايع
الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من اخر والمسئلة بحالها فان المشتري على بايعه دون
بايع بايعه لانه ليس بخليفة عن بايعه حتى يكون غروره كغروره وقوله غير ان الوصي لا يضمن جواب سؤال تقريره
اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلاك المال بعده ذلك الفعل الذي غير مشروع فيجب
الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة
فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى اخره وفيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة
في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض
وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه
لفظ الجامع الصغير وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه قال وان كان اوصى
الميت بحجة رجل مات وترك اربعة الاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذه
الوصي الفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة
وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ثلث ما بقي من
ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال
محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو
واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي ان هذا الجواب فيما
اذا كانت التركة مما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى تفرد احد الشريكين من غير قضا ولا رضى
ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن واما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه
مبادلة كالبيع وبيع مال الغايب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك لانها
مما توزن وقوله واذا باع الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى او وصيه
عبده الماذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان الغرماء العبد هناك حق في
استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم واما هاهنا فليس لغريم
المولى حق في استسعاء العبد انما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل يكون
محققا له لان حقه في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله ولو تولى حيا بنفسه يجوز
بيعه بغير محضر من الغرما يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على
المساكين ظاهر وقوله لانه ضمنه بقبضه اي لا بعل اخر يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية
فلم يكن عاملا للموصي ولا لورثته وقوله لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية
حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله انه يرجع عليه بحكم الغرور اي بحكم الميت غره بقوله هذا ملكي

فانه

فانه لما امره ببيعه والتصدق بثمنه كان قايلا هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته فكان
ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله وقد مر في كتاب القضا يعني في
اخر فصل القضا بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرما الى اخره وقوله
فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفا لم يرجع بشيء اي لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق
عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين اخر وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى
ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب ان يكون
عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم
هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله فان قسم الوصي الميراث الى اخره ظاهر وكذلك قوله واذا
احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان المحال في الحال عليه سوا في الملاة وذكر في الذخيرة ان فيه
اختلاف المشايخ ومن لا يجوز يحتاج الى الفرق بينها وبين ما لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه
جايز على ما يجي والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة
فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبراس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم
فيه وبراس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيجب ان يكون هذا ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح
ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من الصغير شيا لنفسه او باع من اليتيم شيا من ماله هل يجوز او لا
ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف في اخرى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة
ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى ظاهر الرواية عن ابي يوسف لا يجوز
على كل حال وقوله والصبي الماذون له والعبد الماذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر ولكن
تصرفهم بنيابة عن احد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي
هي احسن قال واذا كتب كتاب الشرا على وصي هذا التعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفي تهمة
شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط وقوله وبيع الوصي على الكبير
الغايب قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والضياع والعقار
على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سوا كانوا حاضرين او غيبا وقال المتاخرون انما يجوز للوصي بيع عقار
الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او ترغب المشتري
في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن
يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين او وصى بوصية ولم
يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا وبمقدار
الدين غير محيط وله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو
باع لتنفيذها شيا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله
لان الاب يلي ما سواه دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة
دين فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان ماذونا بالبيع
من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول
بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما فالاب في منع بيع الزيادة عليه من المنقول بالاتفاق
ومن العقار ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزايد فلا يجوز واستحسن ابو حنيفة فقال الولاية هاهنا

بسبب الوصاية وهي لا تتجزى فإذا ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الباقي ولأن في بيع البعض إضرارا بالبعض
الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير ألا ترى أنه يملك الحفظ
وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فإن قلت قد علم حكم المسألة إذا كانت الورثة كبارا بعبارة
الكتاب وإذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها إذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن الكبار إن كانوا غيبا
وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالإجماع وبيع حصة الصغار من العقار وأما بيع حصة
الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وإن اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق
يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة وإن كان الصغار من حضور وكانت
التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالإجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وإن كانت مشغولة
بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف ولا يتجر في المال ظاهر وقوله
وهذا الجواب في تركة هؤلاء يعني الأخ والأم والعم وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء فيما ترك
الأب ليس كوصي الأب في الكبير الغائب فإن وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه
العقار والمنقول في ذلك سواء لأنه قائم مقام الأم والأم حال حياتها لا تملك ما ورثه الصغير
المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الأم فلوصيها
فيه بيع المنقول دون العقار لأن له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على
التركة دين أو وصية أما إذا كان فإن كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحته ولأنه
لأن بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وإن لم يكن مستغرقا فيبيع بقدر الدين
وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الأخ والأم
والعم لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه وقوله والوصي أحق
بمال الصغير من الجد إلى آخره ظاهر وقوله لما بينا إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية
الأب إليه إلى آخره والله أعلم

فصل

في الشهادة قال في النهاية
لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها قوله وإذا شهد
الوصيان ظاهر وقوله وجه الاستحسان إلى آخره اعترض عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج
إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت
فيها التهمة وأجيب بأن القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك
كان من زعمهما أنه لا بد سواهما في هذا المال إلا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يملك يكن به وصي
وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا ومعنى قبول الشهادة إسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت
بنصب القاضي وقوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة قوله وكذا
على لو شهدا يعني الوصيين إلى آخره واضح وقوله وإذا شهد رجلان لرجلين جملة هذه المسائل أربعة
أوجه الأول ما اختلفوا فيه وهي الشهادة والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء
شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهد الرجلين
بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا هو أن يشهد
الرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة
الشركة فما يثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت
كالثالث على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا فقول
القبول وهو الذي ثبت عليه محمد ولم يضطرب إن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق

شئ

شئ
فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت
الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال الحياة فإن الدين في الذمة لبقائها لا في المال
فلا تتحقق الشركة

كتاب الخنثى فصل في بيانه

لما فرغ
من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب أن تركيب الخنث يدل
على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فإن قيل الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار
نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب
فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فإنما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال

قال وإذا كان أي قال القدوري إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر أن الواو
الواقع في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر وقوله هو دلالة على أنه هو العضو الأصلي
الصحيح وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان لكل عضو منفعة ومنفعة هذا تمييز الأنثى عند الانفصال
من الأم ليست إلا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع حادث بعد ذلك فعرفنا أن المنفعة
الأصلية الآلة كونها مبالا فإذا بال من أحدهما عرف أن الآلة هي للفصل في حقه هذه والأخرى زيادة
خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله أن ظهرت علامة الرجال فهو رجل
وإن ظهرت علامة النساء فهو امرأة وإن لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا إنما يقال
لا إشكال بعد البلوغ إلا إذا أريد به الغالب

فصل في أحكامه لما كان الغرض
من ذكر الخنثى معرفة أحكام المشكل لأن غير المشكل إما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم
ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال الأصل في الخنثى المشكل ولم يقل المشكلة لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه
والأصل هو التذكير لأن حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره فإن قام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته
لاحتمال أنه رجل قيل وإنما قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب والأخذ بالاحتياط في العبادات
أولى وواجب لأن المسقط وهو الأداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة
موهوم فالمتوهم أحب له أن يعيد الصلاة فإن قيل الخنثى إن كان مراهقا فلا إعادة عليه وإن قيدها
وإن كان بالغا فالإعادة واجبة لأنه إن كان ذكرا وجبت الإعادة وإن كان أنثى لا يلزمه فيجب احتياطا
فما وجه قوله أحب إلي أن يعيد أجيب بأن مراده إذا كان مراهقا والإعادة مستحبة تخلقا واعتيادا
وأما إذا كان بالغا فالإعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون إعادة من على يمينه ويساره
وخلفه بحذائه إذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالإعادة هو الإعادة
على الاستحباب لما بينا أن محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم وقوله وأحب إلينا أن يصلي بقناع
يعني إذا كان مراهقا وأما إذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله وهو على الاستحباب يعني إذا كان غير
بالغ وأما إذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال أو النساء فالإعادة واجبة وقوله لأنه
يباح للمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة قيل فيه نظر لأنه وإن كان صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في
حق المملوكة المرأة لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها بل نظرها أن تنظر من مولاها
إلى ما يحل لها أن تنظر إليه من الأجنبيات والصواب في التعليل وإن كان أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس
وهو أخف منه إلى خلاف الجنس فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها فإن قيل فلو زوج
المولى امرأة بمهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود وعلى هذا التقدير يجب
أن محمدا لم ينقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لأن الخنثى

ان كان امراة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وقوله ويكره
له في حيوته لبس الحرير قيل لا فايدة في قوله في حيوته فانه لا لبس بعد الموت وانما هو اللباس وكان معناه
مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج يجوز ان
يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النسا وحاله لم يتبين بعد
فيوخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع
في الحرام وقوله وان يتكشف قدام الرجال او قدام النسا يعني اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف
بالانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه
المسئلة يدل على ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لا لو كان
كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنسا في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم
من رجل او امراة لقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان
وامره في ذلك محتمل نظرا الى حالته وقوله لا علم لي بما به يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقوله مجمل
ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الحنث لا يثبت بالشك وقوله وان قال اقول ليس بحالين
احد الحالين وقوله لانه دعوى يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس بمهمل يعني انه في
الواقع ليس بخال عن احد الحالين وقوله لانه دعوى تخالف قضية الدليل لان الدليل يقتضي بقاء الاشكال لانه
لا يعلم في ذلك من نفسه ما يعلم به غيره وقوله ينبغي ان يقال انما قال بلفظ ينبغي لان كلمة غيره لم يذكر فلم
يتفق به وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنسا اي غسل الرجل المراة وعكسه غير ثابت في
النظر فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة
ابيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس
فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيتيمم بالصعيد وهو نظير امراة ماتت بين رجال
او عكسه فانه يتيمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبي ولغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر المتيمم الى وجهه
ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امراة ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد
الموت لا يقبل المالكية فالشري غير مفيد بخلاف الشرى للختان فانه في حال الحيوة وله اهلية المالكية فيهما
وقوله وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا بحال الحيوة لانه يقوم خلف الرجال والنسا كذلك
في القرب من الامام بعد درجة فلذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليليني منكم
اولو الاحلام والنهى ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلفه يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة
لان حيهما اشرف فالرجل بالتقريب اليه اولى وقد جاء في الحديث انه صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكثرهم
اخذا للقرآن جانب لقوله ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله وان جعل على السرير
نعش المراة النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المراة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلوة وقوله
وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث فلا باس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة
فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير جائزة كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حيوته ازيد
على الثلاثة واما اذا كان انثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة اثواب
قال ولو مات ابوه وخلف ابنا • اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري ذكر قول محمد مع قول
ابو يوسف وكذلك اثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر
قول محمد مع ابي حنيفة ولكن ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد ذكره فسره على وجه ولم
ياخذ به وابو يوسف فسره على وجه ولم ياخذ به وهو ان يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره

على وجه اخر وهو تفسير محمد بان يجعل على اثني عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة ومحمد
فنقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات ابو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة للابن
سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك اي غير كونه انثى بظهور احدى علامات
الذكور بلا تعارض تجعله بغير ذكرا وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي
وابن ابي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في بيان قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر
سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن
يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت
في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون ثلاثة ارباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو
اربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم تحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن اربعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا كان
بينهما نصفين وان كان انثى اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال لهما
نصفان لكل واحد ثلاثة اسهم وفي حال الاثلاث سهمان للخنثى واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم
الزايد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر بالنصف فيضعف ليزول الكسر
فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تاخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره
وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة
وثمانين سهما وطريق معرفته ان تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع اربعة وثمانين
ثم اضرب حصة من كان له شي من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين
واضرب حصة من كان له شي من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر ان
التفاوت بسهم من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين ولابي حنيفة ان الحاجة هنا الى اثبات المال ابتدا
لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة ولا شي منهما معلوم واثبات المال ابتدا بدون سبب
محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن الاقل وهو ميراث الانثى متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق اخر
فانه يوخذ بالمتيقن به دون المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان علي دراهم يحكم بالثلاثة
حتى يقوم الدليل على الزايد لكون الاول متيقنا دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي
ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في الصفة فلا يمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث
وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة او الانوثة ولا شي منهما متيقن به فيما نحن فيه وقوله الا ان يكون الاقل لو قدر
ذكرا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى وما جوزنا عنه الانصباء
الذكور لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن
في تلك الصورة لكونه متيقنا وهو ان تكون زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان قدرنا الخنثى انثى كان للزوج النصف
وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج
وثلث الام وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا تركت امراة واخوين واختا لاب وام هي خنثى
للمراة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى انثى يرث النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعول
الى ثلاثة عشر ولها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثني عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا
ولو ماتت وتركت زوجا واما واختا لاب وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شي
للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله اقل النصيبين اسوا الحالين وهو مذهب عامة الصحابة فان قيل
اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت
كان اشارة الى ذلك في اول البحث بقوله وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك يشير الى ان الملتبس

610

[illegible]

في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك اكثرهم لانه تيقن استحقاق الابن جميع المال معلوم وهو
البنوة وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك
له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث
المعروف لم ياخذ منه كفيلا في قول ابي حنيفة وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ
الكفيل هنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة هناك للمجهول وههنا انما ياخذ الكفيل للمعلوم وهي طريق مستقيم
يصون به القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فياخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين ان الخنثى
ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف
الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى ان يتبين المستحق كما في الحمل
والمفقود **قال** فقد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة من دأب
المصنفين لتدارك فيما فات عن ذكره فيه قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار يشير الى ان ما يجيء من الاخرس ومعتقل
اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار
بان يحرك راسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله لو امتد اذا ابه سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة
انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى
زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله في الابد عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل
الصدقات ند فرماه رجل بسهم فقتله فقال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا اعياكم شيء من ذلك
فافعلوا بها كما فعلتم هذا ثم كلوه وقوله ولا يحد اي الاخرس اذا قذف بالاشارة او الكتابة ولا يحد له اذا كان مقذوفا
وقوله وهو في حق الاخرس اي العجز في حق الاخرس اظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حق الغائب الحضور والظاهر
من حال الاخرس عدم زوال الخرس فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق
الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولى وقوله ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين احتراز عن غير المستبين وهو الكتابة
على الهواء والماء ومرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان ومما ذكرنا علم
الاقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره وقوله فينوي فيه اي يطلب منه النية فيه وقوله لانه بمنزلة صريح الكلام
اي القولية كقوله انت بائن او احسنا له وقوله ولا يختص بلفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعربية يثبت بغيره وقد
يثبت بغير لفظ اي بفعل يدل على القول كالتعاطي وقوله ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك اي لا يكون حجة فيكون فيهما
اي في الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان وقوله لانها اي الاشارة على تاويل المذكور وقوله لانه اي محمد جمع
هنا اي في الكتابة بقوله يكتب كتابا او يومي ايماء وقوله وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان وصل
البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفي الاشارة
زيادة اثر لم توجد في الكتابة لانها اي الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما يحصل باثار الاقلام
وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او براسه والمتصل
بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه فكان اولى بالاعتبار وقوله وكذا الذي صمت يوما او يومين عطف على قوله ولا يجوز ذلك
في الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره بان اومي براسه اي نعم او كتب وقوله واذا كانت الغنم مذبوحة الى آخره ظاهر وطولب
بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه
يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب الطاهر والنجس نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز ذا
بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر
الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا ايصلي فيه
ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جاز صلاته فيه وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى والله تعالى اعلم بالصواب

بينهما

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب